

**Joeri Vananroye**

---

Algemene principes van rechtspersonen, vennootschappen en andere organisaties

---

**SYLLABUS**

**“Bepalingen gemeenschappelijk aan alle vennootschappelijke rechtspersonen en keuze van de rechtsvorm”**



**Master Vennootschapsrecht**

**2014-2015**

B-KUL-HNV01A

## Contactgegevens

**Prof. Dr. J. Vananroye**

Papers: <https://kuleuven.academia.edu/JoeriVananroye>

Faculteit Rechtsgeleerdheid, Afdeling Economisch Recht

Instituut voor Handels- en Insolventierecht

Tiensestraat 41 - bus 3434, 3000 Leuven

[joeri.vananroye@law.kuleuven.be](mailto:joeri.vananroye@law.kuleuven.be)

tel 016/32.52.14

Drie personen dienen in het bijzonder te worden bedankt voor hun bijdragen tot deze syllabus en het lessenplan: Prof. K. Geens, Prof. R. Tas en Prof. M. Wauters. Het lessenplan en de syllabus is gebaseerd op eerdere versies van deze syllabus ontwikkeld samen met Prof. M. Wauters tijdens de periode 2010-2012. Prof. M. Wauters was in de eerdere versies in het bijzonder verantwoordelijk van wat nu lessen 5, 6, 7, 8 en 10 zijn. Voor deze syllabus werd ook gebruik gemaakt van eerdere syllabi voor dit opleidingsonderdeel van Prof. K. Geens en Prof. R. Tas.

J. Vananroye  
september 2012

**Overzicht (onder voorbehoud)**

Lokaal: HER2 – 04.4115 | 18u00-19u45

<b>Les</b>	<b>Datum</b>	<b>Thema</b>	<b>Opm.</b>
1.	23 sep. '14	<i>“Je n’ai jamais déjeuné avec une personne morale”</i> : (i) over de aard van de rechtspersoon als rechtssubject	<u>18u30-20u15</u> ( <u>dubbele les</u> )
2.	30 sep. '14	(ii) gevolgen van rechtspersoonstechniek voor de contractspraktijk	<u>18u30-20u00</u>
3.	7 okt. '14	<i>“Mais je l’ai souvent vue payer l’addition”</i> – De rechtspersoon in het rechtsverkeer: toerekening	
4.	14 okt. '14	Europees vennootschapsrecht en aspecten van internationaal privaatrecht	
5.	21 okt '14	Structuur van het Belgisch rechtspersonenrecht	
6.	28 okt '14	Keuze van de rechtsvorm	
7.	4 nov. '14	Oprichting, nietigheidsregeling, naam	
Geen les op 11 nov. '14			
8.	18 nov. '13	Aansprakelijkheid van bestuurders en andere leden van organen (1/2)	
9.	25 nov. '13	Aansprakelijkheid van bestuurders en andere leden van organen (2/2) en aansprakelijkheid van aandeelhouders	
10.	2 dec. '14	Ontbinding en vereffening	
11.	9 dec. '14	Enkele aspecten van vennootschapsgroepen	
12.	16 dec. '14	Casussen	
<b>Examen : maandag 19 januari 2015</b>			

## Algemene bibliografische tips

zie ook: [www.rechtgenoot.be](http://www.rechtgenoot.be)

### Overzichten van rechtspraak



- K. Geens, M. Wyckaert, C. Clottens, F. Parrein, S. De Dier, S. Cools, F. Jenné, A. Steeno, “Vennootschappen (1999-2010)”, TPR 2012, 73-684.
- K. Geens, M. Denef, F. Hellemans, R. Tas en J. Vananroye, “Vennootschappen (1992-1998), TPR 2000, 99-538.
- Vorige overzichten: TPR 1964, 69 e.v.; TPR 1967, 629 e.v.; TPR 1986, 859 e.v.; TPR 1993, e.v.



- X. Dieux en Y. De Cordt, “Examen de jurisprudence (1991-2005). Les sociétés commerciales”, RCJB 2008, 405-526 en 577-657
- Vorige overzichten : 1972-1978: RCJB 1981, deel 1: 221-308, deel 2: 362-463; 1979 à 1990: RCJB deel 1: 1992, 573-705, deel 2: 1993, 639-824, deel 3: 1994, 733-820



- Kronieken “Vennootschapsrecht”, “Verenigingen en stichtingen” en “Financieel recht”: jaarlijks in TRV

### Enkele Belgische tijdschriften



## Les 1

### "Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale" Over de aard van de rechtspersoon als rechtssubject

**Bibliografie.** Veel van de besproken thema's worden grondig behandeld in K. Geens en M. Wyckaert, *De Vennootschap - Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011 en het proefschrift van V. Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant, 1995. Nog altijd actueel is J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1970. Zie over doorbraak van rechtspersoonlijkheid de proefschriften van S. Van Crombrugge, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Kluwer, 1987 en K. Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil*, Kluwer, 2007, met ook veel aandacht voor Belgisch recht. Zie verder J. Vananroye, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon. Technieken van vermogensafscheiding, vermogensovergang en vermogensvereffening*, Antwerpen, Biblo, 2014, 411 p. over de (relatieve) verschillen tussen vennootschappen zonder, met onvolkomen en met onvolkomen rechtspersoonlijkheid.

#### 1. Een rechtssubject dat geen natuurlijke persoon is

- (1) **Rechtspersoon als rekentechniek.** Laten we beginnen met een niet al te ingewikkelde vermogensrechtelijke verhouding die moet worden ontrafeld: een feestje dat vijf vrienden samen organiseren, en waarbij ze overeenkomen om winst of verlies gelijk te delen.

Elk van de vijf vrienden heeft een vermogensrechtelijke verhouding met de vier anderen, bv. een vordering van 1/5 voor de uitgaven die hij of zij heeft gedaan voor gemene rekening en op zijn beurt een schuld t.a.v. elk van de vier anderen voor 1/5 van hun uitgaven. Dit maakt een totaal van negen wederzijdse verhoudingen (vriend 1 en vriend 2, vriend 1 en vriend 3, vriend 1 en vriend 4, vriend 1 en vriend 5, vriend 2 en vriend 3, enz.) die moeten worden afgewikkeld om ieders aandeel te kennen.

In de praktijk zal niemand de verhouding zo afwikkelen, zeker niet als er vele deelgenoten zijn. Er zal voor ieder individueel worden gekeken wat zijn netto-vordering of –schuld aan het feestje is, met andere woorden of hij nog iets aan het collectief verschuldigd is dan wel van dit collectief tegoed heeft. De optelsom daarvan is het tekort of overschot van het feestje dat onder de vrienden wordt verdeeld. Negen wederzijdse verhoudingen worden gereduceerd tot vijf verhoudingen.

Deze rekenkundige techniek – die bijna instinctief wordt gebruikt – voor de afwikkeling van meer of min ingewikkelde samenhangende vermogensrechtelijke verhoudingen tussen verschillende personen komt er op neer dat de verzameling van deze personen wordt geperсонificeerd. Naast de deelgenoten wordt een bijkomende, fictieve persoon, de gemeenschap, gedacht.

Er wordt gedaan alsof deze personen niet langer wederzijdse schuldeiser en schuldenaar zijn voor de verschillende elementen in hun onderlinge vermogensrechtelijke verhouding. In de plaats wordt gedaan alsof een gemeenschap als aparte entiteit schuldeiser of schuldenaar is van deze vorderingen en schulden. Naast de schulden van en de schuldvordering op de deelgenoten, worden ook de andere gezamenlijke gemeenschappelijke schulden en goederen, beschouwd als passiva en activa van de boedel i.p.v. passiva en activa van de

deelgenoten. Opnieuw wordt hier de gemeenschap tussen de deelgenoten gepersonifieerd: niet langer de deelgenoten maar de gemeenschap wordt als schuldenaar of eigenaar beschouwd. Op basis hiervan wordt berekend wat het netto-actief van de gemeenschap is en wordt – volgens de verdeelsleutel die geldt tussen de deelgenoten – vastgesteld wat de waarde van ieders “aandeel” in dit netto-passief is. Voor deze verdelingsvordering wordt de gemeenschap opnieuw behandeld als schuldenaar van de deelgenoten.

- (2) **Rechtspersoon als onstoffelijk rechtssubject.** De rechtspersoonstechniek geeft juridische inhoud aan deze rekentechniek en maakt van de gemeenschap een rechtssubject, dit is een zelfstandige drager van rechten en verplichtingen.

Een rechtspersoon (*personne juridique*) – in de oudere literatuur ook wel eens: “zedelijke persoon” (*personne morale*) – wordt meestal negatief omschreven: de rechtspersoon is een rechtssubject dat geen natuurlijke persoon is.

De rechtspersoon is daarmee een door het recht erkend “toerekeningspunt” van rechten en verplichtingen. De rechten en verplichtingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten van die entiteit zelf.

- (3) **Trennungsprinzip / corporate veil.** Dat de rechten en verplichtingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten van die entiteit zelf, krijgt vooral betekenis bekeken vanuit de deelgenoten (bv. aandeelhouders, leden). De deelgenoten zijn de personen (i) die de beslissingsmacht hebben over het vermogen van die entiteit (rechtstreeks of door de bevoegdheid om bestuurders aan te stellen) en/of (ii), bij rechtspersonen met winst-oogmerk die het vermogensrechtelijk voordeel halen uit het vermogen van die entiteit.

Titularis van de rechten en verplichtingen van het vermogen zijn niet de deelgenoten, maar de entiteit zelf als abstract toerekeningspunt. De band tussen enerzijds het titularis zijn van de bestanddelen van het vermogen en anderzijds het gerechtigd zijn tot de economische waarde en/of het bestuur van een vermogen wordt door de rechtspersoonlijkheid doorgeknipt. De deelgenoten in een rechtspersoon hebben geen zakelijke rechten op (de bestanddelen van) het vennootschapsvermogen (J. Heenen, “Nature des droits de l’associé sur l’actif d’une société commerciales avant et après la dissolution”, *RCB* 1953, 293, nr. 3). In de plaats hebben ze lidmaatschapsrechten en (ten minste in de rechtspersonen met winst-oogmerk) patrimoniale rechten.

Dat hét kenmerk van de rechtspersoonstechniek is dat zakenrechtelijk de band tussen deelgenoten en vermogen wordt doorgeknipt, wordt sterk benadrukt door de Duitse doctrine, die hier spreekt van het *Trennungsprinzip* (W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*: Band 1, Teil 2: *Die juristische Person*: 1./2, Springer, Berlijn, 1983, 31 e.v.).

Dit idee zat ook zeer duidelijk in de omschrijving die art. 2 van de Vennootschapswet van 1873 gaf aan rechtspersoonlijkheid: “une individualité juridique distincte de celle des associés”.

Het is de rechtspersoon zelf die juridisch geldt als eigenaar, schuldeiser, schuldenaar, eiser of verweerder, ... van de goederen, vorderingen, schulden of rechtsvorderingen van de entiteit met rechtspersoonlijkheid, en niet de personen die schuil gaan achter de rechtspersoon, ook als deze personen het economische voordeel halen uit of feitelijk meesterschap hebben over de rechtspersoon en zijn vermogen. Dit is, op positieve wijze uitgedrukt, de *corporate veil*, de sluier van de rechtspersoonstechniek die over de deelgenoten hangt (en die meestal enkel negatieve aandacht krijgt bij pogingen tot doorbraak ervan).

- (4) **Vermoeiende en verhelderende *a contrario*-redeneringen.** Traditioneel wordt de aard van de rechtspersoon verder uitgediept door de entiteit met rechtspersoonlijkheid af te zetten tegen respectievelijk (i) de natuurlijke persoon (die sinds de afschaffing van slavernij en de "burgerlijke dood" altijd een rechtssubject is); en (ii) groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid (bv. maatschap en zgn. feitelijke vereniging).

De tegenstelling met de natuurlijke persoon betreft vooral vragen van bekwaamheid en toerekening en komt in les 3 aan bod.

De tweede tegenstelling is misleider. Ten onrechte wordt klassiek vaak gezocht naar de eigen aard van de rechtspersoon in de tegenstelling tussen de rechtspersoon en de groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid. De, begrijpelijke, gedachtegang luidt: "wat eigen is aan de rechtspersoon, zal ontbreken bij de niet-rechtspersoon".

Hierna in § 3 willen we argumenteren dat de vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid beter worden begrepen door hun gelijkenissen met de rechtspersoon dan door hun verschillen ermee. Geens spreekt in dit verband van "vermoeiende *a contrario*conclusies" (K. Geens, boekbespreking Asser-Maeijer 5-V, TPR 1998, 1149).

Daarom willen we nu eerst de eigen aard van de rechtspersoonstechniek beschrijven zonder te vergelijken met groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid.

- (5) **Onderscheid met onderneming.** Het scherpst komt de eigen aard van de rechtspersoon tot uiting in de tegenstelling met de onderneming, in de zin van het geheel van activa en passiva dat voor een concrete economische activiteit wordt ingeschakeld (in zijn commerciële verschijningsvorm: de handelszaak).

Economisch gezien is de onderneming onmiskenbaar een vermogen met een bepaalde affectatie: het is een samenhangend geheel van activa en passiva met een duidelijke economische finaliteit. Deze samenhang en finaliteit is vaak zelfs duidelijker dan in een rechtspersoon. Niets belet immers dat het vermogen van een rechtspersoon een toevallig en onafhankelijk samenraapsel is met als enige verbindende factor dat die rechtspersoon de titularis is. Bij een onderneming daarentegen behoort de bestemming voor een bepaalde ondernemingsactiviteit tot het wezen van de figuur.

Boekhoudkundig wordt de onderneming bovendien als een autonome entiteit beschouwd: de onderneming wordt behandeld als eigenaar van haar activa en schuldenaar van haar passiva. Door aftrek van de passiva van de activa bekomt men het *eigen vermogen* van de onderneming. Dit *eigen vermogen* van de onderneming staat aan de passiefzijde, als ware het een schuld aan de eigenaar van de onderneming.

Juridisch is de onderneming echter geen autonome entiteit: de activa en passiva van de onderneming zijn activa en passiva van de eigenaar. De onderneming (of correcter: elk van de individuele bestanddelen ervan) is een *rechtsobject*, geen *rechtssubject*.

Er is dan ook geen sprake van een eigen vermogen in juridische zin: de activa van de onderneming zijn niet (exclusief of zelfs maar bij voorrang) bestemd voor de passiva van de onderneming. Boekhoudkundig mag de handelszaak dan wel worden beschouwd als een geheel van activa en passiva, juridisch impliceert dit niet dat de handelsschulden bij voorrang kunnen worden verhaald op de goederen in het handelsfonds.

Het meest sprekend is de vergelijking tussen de BVBA met één vennoot en de éénpersoonsonderneming. Doordat de enige vennoot in een eenpersoons-BVBA de volledige patrimoniale en lidmaatschapsrechten met betrekking tot het vennootschapsvermogen heeft, lijkt zijn situatie economisch gezien het meest op die van een eigenaar van een éénpersoonsonderneming. In deze vergelijking verschijnt dan ook het *Trennungsprinzip* het zuiverst en komen de eigen kenmerken van de rechtspersoonstechniek het scherpst naar voor.

## 2. Implicaties van de rechtspersoonstechniek

- (6) **a/. Niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten.** Bij de onderneming gelden de ondernemingsschulden als schulden van de drager van de ondernemer. Hij is er dan ook onbeperkt voor aansprakelijk.

Bij de rechtspersoon zijn de schulden van de entiteit daarentegen niet de schulden van de deelgenoten, maar van de entiteit als rechtssubject. Dit komt het duidelijkst naar voor bij contractuele schulden, waar de toerekening door een formeel criterium wordt bepaald, nl. in wiens naam zijn de verbintenissen aangegaan. In beginsel heeft enkel deze partij een contractuele schuld (en niemand anders). Derden zijn, in beginsel, geen schuldenaar onder een overeenkomst (art. 1165 BW). Deze relativiteit van de overeenkomst geldt ook voor "derden" die *insiders* zijn van een rechtspersoon-contractant, zoals de deelgenoten.

Hieruit volgt de zgn. "beperkte aansprakelijkheid" van deelgenoten, die verbintenissenrechtelijk als een niet-aansprakelijkheid kan worden aangeduid. Vennootschapsrechtelijk is er meestal sprake van "beperkte aansprakelijkheid" omdat de deelgenoten doorgaans verplichtingen hebben met betrekking tot de vorming of de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon.

De wetgever kan uiteraard afwijken van de beperkte aansprakelijkheid, zoals bij de onbeperkte aansprakelijkheid van de (werkende) vennoten in de V.O.F., Comm. V, CVOA of Comm. VA. "Niet-aansprakelijkheid" van de deelgenoten is echter het normale gevolg van de rechtssubjectiviteit van een organisatie. Zo werd de beperkte aansprakelijkheid van leden van een VZW nooit ernstig betwist, ook niet vóór dit in 2002 uitdrukkelijk in art. 2bis VZW-Wet werd ingeschreven.

- (7) **Niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten bij niet-contractuele schulden.** De niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten in een rechtspersoon speelt ook bij niet-contractuele schulden. De onrechtmatige daad van de rechtspersoon geldt niet automatisch als onrechtmatige daad van de deelgenoten.

Wel verschijnt de niet-aansprakelijkheid hier minder scherp dan bij contractueel handelen. Voor contractuele verbintenissen gebeurt de toerekening op grond van een formeel criterium: is de verbintenis al dan niet aangegaan in naam van de rechtspersoon. Bij beoordeling van niet-contractueel handelen (bv. aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad heeft de hoedanigheid waarin een onrechtmatige handeling minder belang, minstens sluit het niet de toerekening uit aan andere personen (zoals bv. de deelgenoot). Zo sluit de omstandigheid dat een onrechtmatige daad door een bestuurder of andere vennootschapsfunctionaris in uitoefening van zijn of haar functie wordt gesteld, de eigen aansprakelijkheid van een bestuurder of andere functionaris niet weg.



Zie o.m. Cass. 20 juni 2005 (DAOR 2005, afl. 76, 340, JT 2006, 435, JLMB 2005, 1199, Pas. 2005, 1354, RPS 2005, 183, TBH 2006, 418), dat bovendien voor precontractueel handelen het regime van de onrechtmatige daad vooropstelt (zie hierover ook Les 10):

"Overwegende dat het arrest beslist dat de aansprakelijkheid buiten overeenkomst van de eisers in het gedrang is gebracht wegens de fout die zij, als orgaan van de vennootschap naar Luxemburgs recht Comptigest, begaan hebben bij de onderhandeling van de overdracht, door die vennootschap, van een activiteit aan de verweerders ;  
Overwegende dat, enerzijds, uit geen enkele overweging blijkt dat het arrest de bepalingen van de Luxemburgse wet, die volgens het middel geschonden zijn, zou toepassen ;  
Dat, anderzijds, het arrest niet vaststelt dat de eisers gehandeld zouden hebben in een andere hoedanigheid dan die van orgaan van de vennootschap Comptigest ;  
Dat het middel, in zoverre het de schending aanvoert van de daarin vermelde bepalingen van de Luxemburgse wet en in zoverre het betoogt dat de eisers "op zijn minst" zouden hebben gehandeld als lasthebbers van die vennootschap, feitelijke grondslag mist ;  
Overwegende, voor het overige, dat de fout die een orgaan van een vennootschap begaat bij de besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid, de aansprakelijkheid van die rechtspersoon weliswaar rechtstreeks in het gedrang brengt, maar dat die aansprakelijkheid, in de regel, de persoonlijke aansprakelijkheid van dat orgaan niet uitsluit maar met laatstgenoemde aansprakelijkheid samen bestaat ;  
Dat, in zoverre, het middel, dat het tegendeel voorhoudt, faalt naar recht;"

Bijzondere aansprakelijkheidsregels kunnen bovendien een ander aanknopingspunt gebruiken dan de rechtspersoon. Een mooi voorbeeld zijn de Europese mededingingsregels die zich richten tot de onderneming als economische entiteit, waardoor de aansprakelijkheid voor schendingen kan uitdijen voorbij de rechtspersoon aan wie de schending volgens de gewone burgerrechtelijke regels wordt toegerekend.

Zie bv. het Akzo-arrest van het Hof van Justitie van 10 september 2009 (C-97/08 P):

"54 Allereerst moet worden opgemerkt dat de communautaire mededingingsregels zien op de activiteiten van ondernemingen (arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 59) en dat het begrip onderneming elke entiteit omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie met name arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 112; arresten van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, Jurispr. blz. I-289, punt 107, en 11 juli 2006, FENIN/Commissie, C-205/03 P, Jurispr. blz. I-6295, punt 25).

55 Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat onder het begrip onderneming in deze context moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest van 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Jurispr. blz. I-11987, punt 40).

56 Wanneer een dergelijke economische entiteit de mededingingsregels overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen (zie in die zin arresten van 8 juli 1999, Commis-sie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 145; 16 november 2000, Cascades/Commissie, C-279/98 P, Jurispr. blz. I-9693, punt 78, en 11 december 2007, ETI e.a., C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 39).

57 De inbreuk op de communautaire mededingingsregels moet op ondubbelzinnige wijze worden toegerekend aan een rechtspersoon waaraan eventueel een geldboete zal

worden opgelegd, en de mededeling van punten van bezwaar dient aan hem te worden toegezonden (zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 60, en arrest van 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler e.a./Commissie, C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, punt 38). Belangrijk is ook, dat in de mededeling van punten van bezwaar wordt vermeld in welke hoedanigheid de gestelde feiten aan een rechtspersoon worden verweten.

58 Het is vaste rechtspraak dat het gedrag van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, met name wanneer de dochteronderneming, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Imperial Chemical Industries/Commissie, punten 132 en 133, en Geigy/Commissie, punt 44; arrest van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 15, en arrest Stora, punt 26), inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen (zie mutatis mutandis reeds aangehaalde arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 117, en ETI e.a., punt 49).

59 De reden daarvoor is dat de moedermaatschappij en haar dochteronderneming in een dergelijke situatie deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één enkele onderneming vormen in de zin van de in de punten 54 en 55 van dit arrest genoemde rechtspraak. Dat een moedermaatschappij en haar dochteronderneming één enkele onderneming in de zin van artikel 81 EG vormen, stelt de Commissie in staat een beschikking houdende oplegging van geldboeten tot de moedermaatschappij te richten, zonder dat behoeft te worden aangetoond dat deze zelf bij de inbreuk betrokken was.

60 In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100 % van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die een inbreuk op de communautaire mededingingsregels heeft gepleegd, kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van deze dochter (zie in die zin arrest Imperial Chemical Industries/Commissie, reeds aangehaald, punten 136 en 137) en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter (zie in die zin arresten AEG[-Telefunken]/Commissie, reeds aangehaald, punt 50, en Stora, punt 29).

61 In die omstandigheden volstaat het dat de Commissie bewijst dat het gehele kapitaal van een dochteronderneming in handen is van haar moedermaatschappij om aan te nemen dat deze laatste beslissende invloed heeft op het commerciële beleid van de dochter. De Commissie kan de moedermaatschappij vervolgens hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij de moedermaatschappij, die dat vermoeden moet weerleggen, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochteronderneming zich op de markt autonoom gedraagt (zie in die zin arrest Stora, punt 29).

62 In punt 61 van het bestreden arrest heeft het Gerecht terecht opgemerkt dat, hoewel het Hof in de punten 28 en 29 van het arrest Stora niet alleen heeft gewezen op het bezit van 100 % van het kapitaal van de dochteronderneming, maar ook op andere omstandigheden, zoals het feit dat de invloed van de moedermaatschappij op het commerciële beleid van haar dochteronderneming niet werd betwist en dat de twee vennootschappen in de administratieve procedure dezelfde vertegenwoordiger hadden, het Hof die omstandigheden slechts heeft vermeld teneinde alle elementen uiteen te zetten waarop het Gerecht zijn redenering had gebaseerd, en niet om de toepassing van het in punt 60 van dit arrest genoemde vermoeden afhankelijk te stellen van het overleggen van extra aanwijzingen betreffende de daadwerkelijke uitoefening van invloed door de moedermaatschappij.

63 Uit een en ander volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat wanneer een moedermaatschappij 100 % van het kapitaal van haar dochteronderneming in handen heeft, een weerlegbaar vermoeden bestaat dat die moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochteronderneming.

64 Daar de Commissie niet verplicht was om met betrekking tot de toerekenbaarheid van de inbreuk reeds in de mededeling van punten van bezwaar andere elementen aan te voeren dan het bewijs van de omstandigheid dat de moedermaatschappij het kapitaal van haar dochterondernemingen in handen had, kan het argument van rekwiranten betreffende de schending van de rechten van de verdediging niet worden aanvaard.

65 Wat de kritiek op punt 62 van het bestreden arrest betreft, volstaat de opmerking dat daaruit geenszins blijkt dat het Gerecht de mogelijkheid om het in punt 60 van dit arrest genoemde vermoeden te weerleggen heeft beperkt tot de gevallen waarin de moedermaatschappij instructies heeft gegeven. Uit de punten 60 en 65 van het bestreden arrest blijkt integendeel dat het Gerecht dienaangaande een vrij ruime opvatting huldigt, nu het met name heeft geoordeeld dat het aan de moedermaatschappij staat om ter beoordeling door het Gerecht alle elementen over te leggen betreffende de organisatorische, economische en juridische banden tussen haar dochteronderneming en zichzelf, die kunnen aantonen dat zij geen economische eenheid vormen."

(8) **Pro memorie: "doorbraak" van beperkte aansprakelijkheid.** aansprakelijkheid van aandeelhouders, oprichters en bestuurders op grond van bijzondere wetsbepalingen of voor onrechtmatig handelen bij samenstellen van, beheer over, uitkeringen uit en afwikkeling van het vermogen van de rechtspersoon. Zie verder o.m. Les 4, Les 11-12 en Les 14.

(9) **b./ Mogelijkheid van rechtsverhoudingen tussen rechtspersoon en deelgenoot.** Tussen de deelgenoot en de rechtspersoon kunnen rechtsverhoudingen ontstaan (bv. overeenkomsten of aansprakelijkheidsvorderingen). Ook bij een eenpersoons-BVBA kunnen er overeenkomsten worden afgesloten tussen de enige vennoot en de BVBA (vertegenwoordigd door die enige vennoot als zaakvoerder). Het is ook mogelijk dat de BVBA zich als een vermogensrechtelijke Frankenstein tegen zijn oprichter gaat keren d.m.v. een aansprakelijkheidsvordering (bv. als bij faillissement de BVBA door een curator wordt vertegenwoordigd).

Bij een onderneming daarentegen zijn er geen rechtsverhoudingen mogelijk tussen de onderneming en de drager van die onderneming.

(10) **c./ Commerciële activiteit van de rechtspersoon wordt niet toegerekend aan de deelgenoten.** De drager van een commerciële onderneming wordt hierdoor handelaar: de handelsdaden gesteld in het kader van de ondernemingsactiviteit worden hem immers toegerekend. De vennoot in een BVBA daarentegen wordt geen handelaar als de BVBA handelsdaden stelt, ook al geniet die vennoot de voordelen van de handelsdaden en ook al worden ze *de facto* gesteld door de vennoot als zaakvoerder. De toerekening gebeurt aan de BVBA als abstract toerekeningspunt.

(11) **d./ Niet verhaalbaarheid van de activa van de rechtspersoon door de persoonlijke schuldeiser van de deelgenoten.** De activa van een onderneming vallen in het vermogen van de drager van die onderneming en strekken daar tot verhaal van al zijn schuldeisers, ongeacht of hun vordering al dan niet een band heeft met de onderneming.

Bij de rechtspersoon is het de entiteit zelf, en niet de deelgenoten, die zakelijk gerechtigd is tot de goederen van het vermogen van de rechtspersoon. In het vermogen van de deelgenoten valt enkel hun aandeel in de rechtspersoon.

Het vermogen van de rechtspersoon strekt tot onderpand van zijn schuldeisers (art. 7-8 Hyp.W.). Omgekeerd betekent dit dat het vermogen van de rechtspersoon niet tot onderpand strekt van de loutere privé-schuldeisers van de deelgenoten in die rechtspersoon. De rechtspersoon is immers niet hun debiteur; zijn goederen vormen daarom niet hun onderpand.

De rechtspersoon is hierdoor niet louter een instrument om een onderneming te voeren, maar kan ook gebruikt worden als mechanisme om bepaalde activa en passiva te *ring fence*. Dit verklaart voor een groot stuk het succes van vennootschapsgroepen: door een activiteit in een aparte dochtervennootschap onder te brengen wordt de rest van de onderneming afgeschermd van het risico van deze activiteit, terwijl het netto-patrimoniaal voordeel toch naar boven stroomt (zie les 14).

- (12) **e./ Deelgenoot heeft niet de vrije beschikking voor eigen rekening over (de bestanddelen van) de activa van de rechtspersoon.** De drager van een onderneming kan vrij beschikken over de goederen van die onderneming en ze met name gebruiken voor doeleinden die geen uitstaans hebben met de ondernemingsactiviteit. Niets belet dat de ondernemer de sofa in de wachtkamer versleept naar het salon en voor louter privé-doeleinden gebruikt.

Voor de deelgenoot in een rechtspersoon daarentegen zijn de goederen van de rechtspersoon *andermans* goederen, zelfs in de éénpersoons-BVBA. Hij heeft over deze goederen geen bevoegdheid om ze te gebruiken of er over te beschikken, tenzij op grond van de bestuursregeling die geldt voor de betrokken rechtspersoon waarbij hij voor *rekening van* de rechtspersoon zelf kan optreden. Indien de deelgenoot optreedt voor rekening van de rechtspersoon staat hij in een fiduciaire verhouding tot de rechtspersoon: hij voert bewind over andermans vermogen (i.e. van de rechtspersoon) en dient dit bewind te voeren in het belang van die (rechts)persoon. Indien dit bewind niet in het belang van de rechtspersoon wordt gevoerd, kan de rechtspersoon de deelgenoot aansprakelijk stellen.



- (13) **f./ Recht van deelgenoten is een "netto-recht".** Uit het voorgaande volgt dat de patrimoniale waarde van het aandeel in een rechtspersoon als een netto-aandeel in het activa aan het vermogen van de rechtspersoon onttrekken: hij is maar gerechtigd tot de waarde van het "eigen vermogen" van de rechtspersoon, dit zijn de activa met aftrek van de passiva (*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*).

De uitkering door de rechtspersoon aan een deelgenoot zonder (evenwaardige) tegenprestatie (bv. dividend in een vennootschap) is enkel rechtmatig indien de rechten van de schuldeisers van de rechtspersoon zijn voldaan of redelijkerwijze door de uitkering niet in het gedrang komen.

Het belang van die rechtspersoon valt omwille van het voorgaande ook niet volledig samen met het belang van de deelgenoten (ook niet in een rechtspersoon met winstoogmerk). Minstens moet rekening worden gehouden met de verhaalsaanpakken van de schuldeisers van de rechtspersoon die de netto-aanspraak van de deelgenoten meebepalen.

Het recht van de drager van een onderneming daarentegen t.a.v. de goederen van die onderneming is een bruto-aanspraak. De ondernemer heeft de vrije beschikking over die goederen zonder dat hij de aanspraken van de ondernemingsschuldeisers voor dient te laten gaan. Over de activa bestemd voor de ondernemingsactiviteit heeft hij dezelfde bevoegdheid als over zijn louter persoonlijke activa.

(14)

**Band met kapitaalbeschermingsrecht en andere regels van vennootschapsrecht.** Doordat de aandeelhouder achtergesteld is aan de schuldeiser, is er een belangenconflict tussen aandeelhouders en vennootschapsschuldeisers. Heel wat regels in het vennootschapsrecht vormen een antwoord op dit belangenconflict tussen de aandeelhouders en de vennootschapsschuldeisers. De bekendste zijn uiteraard de waarborgen omtrent het vennootschapsvermogen bij de oprichting en de regels die beperkingen opleggen aan uitkeringen aan aandeelhouders, zijnde:

- In vennootschappen met (volkomen) rechtspersoonlijkheid geldt immers de wettelijke verplichting voor de oprichters, als “losprijs” voor de niet-aansprakelijkheid, om vermogensbestanddelen met een bepaalde minimumhoeveelheid en -kwaliteit (“kapitaal”) aan de vennootschap toe te zeggen en (het geheel of een gedeelte ervan) zelfs meteen te betalen (“volstorten”). In juridische zin mogen de aandeelhouders dan wel niet aansprakelijk zijn, in economisch zin zijn ze dus wel “beperkt aansprakelijk”. Indien de vennootschap insolvent wordt, worden hun aandelen immers waardeloos en verliezen ze in ieder geval de vermogensbestanddelen die ze aan de vennootschap hebben overgedragen. Bovendien kunnen ze ook nog worden aangesproken ten belope van wat werd toegezegd, maar nog niet volgestort.
- Kapitaalbeschermingsregels stellen grenzen en voorwaarden aan de uitkeringen uit het vennootschapsvermogen aan de aandeelhouders. Zo worden uitkeringen, door de rechtspersoon aan een aandeelhouder, zonder tegenprestatie (bv. dividend) enkel onder voorwaarden toegestaan. Deze voorwaarden trachten te bereiken dat de rechten van de vennootschapsschuldeisers door deze uitkeringen niet in het gedrang zullen komen. Het recht van de aandeelhouders is een recht op de nettowaarde van de vennootschapsactiva, d.i. met aftrek van de aanspraken van de vennootschapsschuldeisers. *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*.

Een contraire zienswijze is dat de regels inzake kapitaalbescherming bij uitkeringen een versoepeling inhouden t.a.v. wat het gemeen recht ter zake zou zijn. In deze zienswijze bestaan die regels niet louter, of misschien zelfs niet in de eerste plaats, ter bescherming van de schuldeisers, maar wel in het belang van de deelgenoten. De regels inzake uitkeringen laten immers toe dat vennootschapsactiva, zij het onder voorwaarden, zonder tegenprestatie aan deelgenoten worden uitgekeerd, terwijl er onbetaalde vennootschapsschuldeisers zijn. Hierdoor kunnen aandeelhouders een actiefbestanddeel laten springen over de voorrang van vennootschapsschuldeisers heen, terwijl ze zelf principieel niet-aansprakelijk zijn. Strikt genomen zou een uitkering slechts met zekerheid als rechtmatig kunnen gelden op het einde van de vereffening, indien ze gebeurt uit het definitieve netto-actief; pas dan staat immers vast dat de vennoot door een uitkering niet over de voorrang van de vennootschapsschuldeisers heen springt. De regels inzake uitkeringen kunnen hierdoor worden geanalyseerd als een versoepeling doordat ze tussentijds toelaten dat aandeelhouders de vennootschapsschuldeisers voorsteken.

De kapitaalbeschermingsregels schuiven overigens de gewone vermogensbeschermingsregels niet aan de kant. Het *bona non intelliguntur*-idee blijft bij uitkeringen aan aandeelhouders naast en boven de regels inzake kapitaalbescherming van het W.Venn. een rol spelen onder de vorm van aansprakelijkheidsregels en/of de *actio pauliana* (welk kan beschouwd worden als “kapitaalbeschermingsregel van gemeen recht”). In de mate er een tendens is om de kapitaalbeschermingsregels te versoepelen of af te schaffen, zullen de vermogensbeschermingsregels van het gemeen recht aan belang winnen bij kapitaalvennootschappen (zie J.-M. Nelissen Grade en M. Wauters, “Reforming Legal capital: harmonisati-

on or fragmentation of creditor protection?", in *The European Company Law Action Plan Revisited*, Leuven University Press, 2010, 47-50).

- (15) **g./ Netto-vereffening.** Een bijzonder toepassingsgeval van het netto-karakter van de aanspraak van de deelgenoten is dat bij vereffening in beginsel eerst de schulden dienen te worden voldaan alvorens het netto-actief aan de deelgenoten kan worden uitgekeerd (zie o.m. art. 190 § 2 W.Venn). Zie verder Les 12.

Dit is immers de enige manier om met zekerheid de netto-aanspraak vast te stellen waar de deelgenoten recht op hebben. Een vereffening van een gemeenschap van goederen dient vooral het belang van de schuldeisers van de rechtspersoon, die op deze manier hun bevoorrechte aanspraken op de goederen van de rechtspersoon kunnen veilig stellen nu het onderpand van hun exclusief verhaalsrecht verdwijnt.

De onderneming, daarentegen, kan worden opgedoekt zonder dat er een vereffening moet gebeuren, waarbij de ondernemingsschulden bij voorrang met de ondernemingsactiva zouden dienen te worden voldaan.

- (16) **Samenloop.** Om tot een spoedige vereffening te komen, is het eveneens logisch dat de vereffening van een rechtspersoon via een collectieve procedure gebeurt waarbij actief alle schuldeisers van de rechtspersoon betrokken worden en een gelijke behandeling krijgen. Een vereffening die afhankelijk is van de diligentie van individuele schuldeisers dreigt immers aan te slepen en kan leiden tot ongelijkheden tussen schuldeisers naargelang het ogenblik dat ze zich op de boedel willen verhalen. De samenloop vervangt daarom het *iura vigilantibus*-principe bij de vereffening van een rechtspersoon, minstens in de mate dat die rechtspersoon insolvent is.

De collectieve vereffening dringt zich des te meer op omdat omwille van de niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten de goederen van de rechtspersoon het enige onderpand vormen van de schuldeisers van de rechtspersoon. Bij gebreke hiervan zouden onwetende of onoplettende schuldeisers immers met lege handen komen te staan, terwijl de deelgenoten meer dan hun netto-aandeel in dit vermogen ontvangen zonder dat ze gehouden zijn tot de schulden die dit vermogen bezwaren.

Een arrest van 23 november 1939 van het Hof van Cassatie, dat de regels van de samenloop van toepassing verklaarde bij de ontbinding van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, gaf de beperkte aansprakelijkheid expliciet aan als grondslag voor de regel van de gelijkheid:

"cette disposition trouve sa raison d'être dans le fait qu'une société commerciale dissoute disparaissant par la clôture de sa liquidation, ne laisse aux créanciers incomplètement payés aucune possibilité d'obtenir à l'avenir paiement de ce qui leur reste dû."  
(Cass. 23 november 1939, *Pas.* 1939, I, 486)

- (17) **h./ Roerend karakter van aandelen in een rechtspersoon met onroerende goederen in haar vermogen.** Zie artikel 529 al. 1 BW:

"Roerend door wetsbepaling zijn verbintenissen en vorderingen die opeisbare geldsommen of roerende goederen betreffen, aandelen of belangen in maatschappijen van geldhandel, koophandel of nijverheid, ook wanneer onroerende goederen, tot die ondernemingen betrekking hebbende, aan de maatschappijen toebehoren. Die aandelen of belangen worden slechts ten opzichte van ieder der deelgenoten geacht roerend te zijn, zolang de maatschappij duurt."

De voorbereidende werken van de *Code civil* leggen expliciet de band tussen deze bepaling en de rechtspersoonstechniek, die een recht *in rem* vervangt door een recht in waarde:

“Chacune de ces compagnies est une personne morale qui agit, administre et régit les affaires de l’association d’après des statuts qui règlent les nombre, la qualité et les attributions de chacun de ses agens : ceux-ci, en se conformant à leur mandat, obligent l’association, et le résultat de leurs opérations peut être de créer des hypothèques, et par une suite inévitable, de donner lieu à des poursuites en expropriation forcée des immeubles appartenant à l’association, et qui conservent leur qualité d’immeubles sous tout autre rapport que celui des actionnaires considérés individuellement. Chacun des sociétaires ou des intéressés ne pourrait sans doute hypothéquer sa portion virile dans ces immeubles, et son droit se borne à demander soit son dividende d’après le contrat de société, soit, lors de la dissolution de la société, la liquidation de sa portion afférente dans l’association ; mais tant que dure la société n’est pas propriétaire de sa portion de l’immeuble dont il ne peut user, mais de sa portion dans la valeur de cet immeuble. C’est donc avec raison que le projet de loi statue que, pendant la durée de la société, et relativement à chaque sociétaire seulement, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d’industrie, sont meubles, quand même des immeubles dépendraient de ces entreprises.” (Goupil-Préfet, *Rapport au Tribunat*, 17 januari 1804, in *Frénet*, deel XI.)

De drager van de ondernemer daarentegen is eigenaar van de verschillende goederen die er deel van uitmaken; zijn recht daarin wordt telkens bepaald door de aard van het betrokken goed.

Later in Les 10 over de afsluiting van de vereffening komen we terug op de betekenis van "zolang de maatschappij duurt" in art. 529 BW.

- (18) **i./ De activa van de rechtspersoon maken geen deel uit van de nalatenschap van overleden deelgenoot.** De erfgenamen van een overleden deelgenoot kunnen geen erfrechten laten gelden ten aanzien van de activa van de rechtspersoon.

De in statuten van vennootschappen nog altijd vaak gebruikte stijlclausule dat de erfgenamen van een vennoot geen zegellegging op de goederen van de vennootschap kunnen uitlokken of ervan de verdeling of de veilig te vorderen is dan ook overbodig.

Bij meerdere erfgenamen wordt de continuïteit van de activiteiten van vennootschap niet doorbroken door een verdeling in natura onder de erfgenamen. Niet de onderneming maar de aandelen van de vennootschap dienen te worden verdeeld.

Een ander belangrijk gevolg hiervan is dat een beding in de statuten van een vennootschap dat de omvang van de (patrimoniale of lidmaatschaps)rechten over de goederen van de vennootschap regelt bij het overlijden van een deelgenoot vennoot regelt, niet automatisch een verboden beding over een nalatenschap uitmaakt. (Wel kan er sprake zijn van een onrechtstreekse schenking). De regel van art. 42 W.Venn (oud art. 1868 BW) dient hiervoor zelfs niet altijd te worden ingeroepen. Het beding regelt immers de rechten binnen de rechtspersoon en betreft niet noodzakelijk de nalatenschap.



- (19) **j/. Aandeelhouder heeft geen vorderingsrecht voor afgeleide schade.** De economische waarde van het aandeel in een rechtspersoon, in het bijzonder een vennootschap, zal de invloed ondergaan van stijgingen of dalingen in het eigen vermogen van de rechtspersoon. Toch heeft de deelgenoot geen aansprakelijkheidsvordering op grond van schade die louter bestaat in de reflectie van schade aan het vennootschapsvermogen op de waarde van zijn



aandeel. De aansprakelijkheidsvordering komt enkel toe aan de rechtspersoon en is onderworpen aan de voorrang van de schuldeisers van de rechtspersoon en de bestuursregeling die geldt in de betrokken rechtspersoon.

Zie Cass. 23 februari 2012, RW 2011-2012, 1659, noot F. Parrein, TRV 2012, noot J. Vananroye, "Aandeelhouders hebben geen zelfstandig vorderingsrecht voor afgeleide schade":

"De vennootschap is gerechtigd om schadevergoeding te vorderen van een derde door wiens fout het vennootschapsvermogen werd aangetast. Voor deze schade aan het vennootschapsvermogen komt aan de aandeelhouders geen zelfstandig vorderingsrecht toe."

Het is anders in een onderneming. Als een ondernemingsgoed wordt beschadigd, komt de vergoedingsaanspraak hiervoor toe aan de eigenaar. Die eigenaar kan over het provenu van die aanspraak (net zoals over andere ondernemingsactiva) naar eigen goeddunken beschikken: gebruiken voor de onderneming dan wel voor doeleinden die niets met de onderneming te maken hebben.



De band tussen de rechtspersoonstechniek en de onmogelijkheid om afgeleide schade te vorderen blijkt zeer mooi uit de bekende *Barcelona Traction*-uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 5 februari 1970 (België v. Spanje, 5 februari 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, ICJ Reports 1970, 3). In dit geschil tussen België en Spanje werd België *ius standi* ontzegd voor schadeveroorzakend handelen toerekenbaar aan de Spaanse staat aan een vennootschap naar Canadees recht met voornamelijk Belgische aandeelhouders. Ter verantwoording hiervan beroept het Internationaal Gerechtshof zich op de regel inzake afgeleide schade in de nationale rechtstelsels en zoekt hiervoor de verklaring in de rechtspersoonstechniek in termen die zeer mooi het *Trennungsprinzip* uitdrukken:

"41. Municipal law determines the legal situation not only of such limited liability companies but also of those persons who hold shares in them. Separated from the company by numerous barriers, the shareholder cannot be identified with it. The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholder, each with a distinct set of rights. The separation of property rights as between company and shareholder is an important manifestation of this distinction. So long as the company is in existence the shareholder has no right to the corporate assets.

42. It is a basic characteristic of the corporate structure that the company alone, through its directors or management acting in its name, can take action in respect of matters that are of a corporate character. The underlying justification for this is that, in seeking to serve its own best interests, the company will serve those of the shareholder too. Ordinarily, no individual shareholder can take legal steps, either in the name of the company or in his own name. If the shareholders disagree with the decisions taken on behalf of the company they may, in accordance with its articles or the relevant provisions of the law, change them or replace its officers, or take such action as is provided by law. Thus to protect the company against abuse by its management or the majority of shareholders, several municipal legal systems have vested in shareholders (sometimes a particular number is specified) the right to bring an action for the defence of the company, and conferred upon the minority of shareholders certain rights to guard against decisions affecting the rights of the company vis-à-vis its management or controlling shareholders. Nonetheless the shareholders' rights in relation to the company



and its assets remain limited, this being, moreover, a corollary of the limited nature of their liability.

43. At this point the Court would recall that in forming a company, its promoters are guided by all the various factors involved, the advantages and disadvantages of which they take into account. So equally does a shareholder, whether he is an original subscriber of capital or a subsequent purchaser of the company's shares from another shareholder. He may be seeking safety of investment, high dividends or capital appreciation or a combination of two or more of these. Whichever it is, it does not alter the legal status of the corporate entity or affect the rights of the shareholder. In any event he is bound to take account of the risk of reduced dividends, capital depreciation or even loss, resulting from ordinary commercial hazards or from prejudice caused to the company by illegal treatment of some kind.

44. Notwithstanding the separate corporate personality, a wrong done to the company frequently causes prejudice to its shareholders. But the mere fact that damage is sustained by both company and shareholder does not imply that both are entitled to claim compensation. Thus no legal conclusion can be drawn from the fact that the same event caused damage simultaneously affecting several natural or juristic persons. Creditors do not have any right to claim compensation from a person who, by wronging their debtor, causes them loss. In such cases, no doubt, the interests of the aggrieved are affected, but not their rights. Thus whenever a shareholder's interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed.

45. However, it has been argued in the present case that a company represents purely a means of achieving the economic purpose of its members, namely the shareholders, while they themselves constitute in fact the reality behind it. It has furthermore been repeatedly emphasized that there exists between a company and its shareholders a relationship describable as a community of destiny. The alleged acts may have been directed at the company and not the shareholders, but only in a formal sense: in reality, company and shareholders are so closely interconnected that prejudicial acts committed against the former necessarily wrong the latter; hence any acts directed against a company can be conceived as directed against its shareholders, because both can be considered in substance, i.e., from the economic viewpoint, identical. Yet even if a company is no more than a means for its shareholders to achieve their economic purpose, so long as it is in esse it enjoys an independent existence. Therefore the interests of the shareholders are both separable and indeed separated from those of the company, so that the possibility of their diverging cannot be denied."

N.B.: deelgenoot heeft wel vorderingsrecht voor bijzondere schade, d.i. schade die verschilt van de schade aan de rechtspersoon die op alle deelgenoten reflecteert (bv. aandeelhouder die aandelen heeft gekocht afgaande op financiële informatie die niet correct blijkt).

- (20) **Betwisting van de regel inzake afgeleide schade.** De regel dat aandeelhouders geen vorderingsrecht hebben voor hun afgeleide schade, is wellicht het enige van de opgesomde gevolgen van de rechtspersoonstechniek die betwist is in een deel van de hedendaagse doctrine. Zie in het bijzonder D. De Marez, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap*, proefschrift, K.U.Leuven, 2004; L. Cornelis, "Persoonlijk: over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator", in *Liber amicorum Y. Merchiers*, Brugge, Die Keure, 61; ; H. De Wulf, "Direct shareholder suits for damages based on reflective losses", in *Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift K. Hopt*, Berlin, De Gruyter, 2010, 1537 e.v.

De betrokken auteurs stellen daarbij dat de regel inzake afgeleide schade een toepassing is van de algemene verbintenisrechtelijke regels inzake schade door weerkaatsing. Deze schade is enkel vergoedbaar op het ogenblik dat deze schade zeker wordt. Hieruit leiden ze af dat indien de afgeleide schade van de aandeelhouders zeker wordt, met name indien de rechtspersoon te kennen geeft geen vergoeding te zullen vorderen, de aandeelhouders een eigen zelfstandig vorderingsrecht krijgen voor hun deel in de afgeleide schade.

Dit miskent o.i. dat aandeelhouders niet zomaar derden zijn naast de primaire schadelijder die door weerkaatsing worden getroffen. Zij zijn deelgenoten in de primaire schadelijder met enkel een netto-aandeel (nr. (13)) en zonder bevoegdheid om voor eigen rekening over de activa van die schadelijder te beschikken (nr. (12)). Het *Trennungsprinzip* impliceert dat de vordering van de rechtspersoon geen vordering is van de deelgenoten. Deze regel geldt voor alle activa van de rechtspersoon en heeft een dubbele doelstelling: (i) de activa van de rechtspersoon tot voorkeur bestemmen voor de schuldeisers van die rechtspersoon en (ii) de activa aan een bijzondere beheersregime te onderwerpen (bv. meerderheidsprincipe en autonomie van het bestuur in een NV of BVBA). Er is geen reden om hiervan af te wijken voor één actiefbestanddeel van de rechtspersoon, nl. een onrechtmatige daadsvordering, en een “omgekeerde doorbraak” van de *corporate veil* te aanvaarden.

Ook de schadeveroorzaker zelf heeft er een rechtmatig belang bij dat afspraken die hij gelding gemaakt zou hebben met de rechtspersoon als schadelijder (bv. dading), niet worden doorbroken door de deelgenoten die economisch gerechtig zijn in deze rechtspersoon.

Wel heeft de deelgenoot in sommige rechtspersonen een vordering tegen bestuurders voor schade veroorzaakt door deze bestuurder aan de rechtspersoon (zie bv. de zgn. minderheidsvordering van art. 562 al. 1 voor de NV). De deelgenoot heeft in deze gevallen een vordering voor afgeleide schade. Het betreft hier echter een “afgeleide vordering” (*derivative action*), i.e. een vordering voor rekening van de rechtspersoon.

Het bestaan van deze afgeleide vordering bevestigt hiermee net de regel dat de deelgenoot voor afgeleide schade geen eigen, niet-afgeleide, vordering, heeft. Zie in die zin ook Rb. Brussel 3 februari 2011 (“Fortis-zaak”):

“1. De huidige zaak heeft betrekking op de tussenkomst van de Belgische Staat in het kader van de uitzonderlijke crisis die de Fortis groep trof in september en oktober 2008. Eisers verwijten de Belgische Staat te hebben gehandeld in strijd met de wet en met schending van haar algemene zorgvuldigheidsplicht in het kader van de transacties met de Nederlandse Staat op en rond 3 oktober 2008 en de transacties met BNP Paribas op en rond 6 oktober 2008, en stellen hierdoor schade te hebben geleden, minstens voeren zij aan recht te hebben op vergoeding op grond van artikel 16 van de Grondwet en het algemeen beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten.

2. De structuur van de Fortis groep voorafgaand aan de tussenkomst van de Belgische, Nederlandse en Luxemburgse overheid kan als volgt worden weergegeven :

De beursgenoteerde Fortisgroep berust op 2 holdingstructuren, waarvan één naar Belgisch recht (Fortis nv/sa) en één naar Nederlands recht (Fortis nv). Een aandeelhouder verkrijgt eenheden die zijn samengesteld uit een aandeel Fortis nv/sa en een aandeel Fortis nv. De statuten van beide holdingvennootschappen waarborgen een personele unie in de besturen van Fortis nv/sa en Fortis nv.

Fortis nv/sa en Fortis nv houden ieder 50 % van de aandelen in Fortis Brussels sa/nv, een vennootschap naar Belgisch recht, en 50 % van de aandelen in Fortis Utrecht nv. Deze tussenliggende vennootschappen hebben respectievelijk de bancaire en de verzeke-

ringspool van de Fortis groep onder zich : Fortis Brussels sa/nv de bancaire pool, Fortis Utrecht nv de verzekeringspool.

Eisers zijn aandeelhouders van Fortis sa/nv en Fortis nv, die op hun beurt elk een deelneming van 50 % bezitten in de twee sub-holdings Fortis Brussels sa/nv en Fortis Utrecht nv.

3. De koers van het aandeel van de Fortis groep kende in de periode voorafgaand aan september 2008 een sterke terugval. Zo daalde de koers van het aandeel eind juni 2008 in één beursessie met 20 %, na de aankondiging van een reeks maatregelen die een versterking beoogden van het solvabiliteitsplan van Fortis. Op 11 juli 2008 werd de heer Verwilt benoemd tot CEO ad interim in vervanging van de heer Votron.

In september 2008 bereikte de financiële crisis een hoogtepunt, waarbij het noodzakelijk bleek om meerdere banken te redden in de Verenigde Staten en Groot-Brittannië, en Lehman Brothers failliet werd verklaard.

Op vrijdag 26 september 2008 werd Fortis geconfronteerd met een samenloop van negatieve elementen : in de loop van de dag verloor Fortis toegang tot de interbancaire overnight-markt, de institutionele klanten van de banken begonnen aanzienlijke deposito's weg te halen, particuliere klanten kwamen fondsen afhalen wat een negatief signaal gaf naar de markt toe, Fortis moest zijn volledige buffer aan collaterals aanspreken om liquiditeit te verkrijgen bij de Europese Centrale Bank, en zij moest voor het eerst een beroep doen op een noodlening bij de Nationale Bank van België (Marginal Lending Facility) voor een bedrag van 5,4 miljard euro.

De regeringen van de Benelux hebben in het weekend van 27 en 28 september beslist voor 11,2 miljard euro te participeren, waarbij elke staat besliste in te grijpen bij de bank van zijn land : 4,7 miljard euro voor de Belgische regering, 4 miljard euro voor de Nederlandse regering en 2,5 miljard euro voor de Luxemburgse regering. De participatie van de Belgische staat die de vorm aannam van een kapitaalverhoging waarop werd ingetekend door de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij (hierna : FPIM), was goed voor 49,93 % van Fortis Bank Belgium (FBB), terwijl de ingreep door de Luxemburgse staat bij Fortis Bank Luxemburg (FBL) de vorm aannam van een lening die verplicht converteerbaar was in aandelen, ter waarde van 2,4 miljard euro. De Nederlandse staat kondigde een participatie aan van 49,9 % in het kapitaal van Fortis Bank Nederland (FBN) voor 4 miljard euro (zonder ABN Amro), die evenwel nooit zou verwezenlijkt worden.

Het Beneluxplan werd op zondag 28 september 2008 publiek gemaakt.

Het Beneluxplan werd goedgekeurd door de raad van bestuur van Fortis nv/sa, Fortis nv en Fortis Bank in de nacht van 28 en 29 september.

Overeenkomstig het bereikte akkoord heeft de Belgische Staat bij Koninklijk Besluit van 29 september 2008, dat in werking is getreden op 28 september 2008, aan de FPIM de opdracht toevertrouwd om in haar eigen naam maar voor rekening van de Staat in te schrijven op de kapitaalverhoging en aldus de aandelen van Fortis nv/sa, Fortis nv of Fortis Bank te verwerven ten belope van een bedrag van maximum 5 miljard euro. De FPIM heeft op 29 september 2008 ingeschreven op de kapitaalverhoging van Fortis Bank ten belope van 4,7 miljard euro door het verwerven van 241.305.490 aandelen, die haar een deelname van 49,93 % in het kapitaal opleverden. De Luxemburgse Staat heeft zijn verbintenissen uitgevoerd ten belope van een eerste gedeelte van 500 miljoen euro en verbond zich ertoe ten belope van het resterende saldo in te tekenen voor het einde van het jaar 2008. De Nederlandse Staat heeft op 1 oktober 2008 laten weten dat hij zijn engagement terugtrok, en niet zou deelnemen in de kapitaalverhoging van Fortis Bank Nederland.

4. In het begin van de week van 29 september 2008 bleek dat de massieve interventie van de Staten het vertrouwen van de financiële markten niet voldoende had hersteld.

In de loop van de week moest Fortis Bank onder meer noodkredietlijnen aanvragen bij de Nationale Bank van België en van Nederland voor toenemende bedragen, gaande van 14,8 miljard euro op 29 september tot 54 miljard euro van de Nationale Bank van België en 7 miljard euro van de Nationale Bank van Nederland op 3 oktober. Op de avond van 3 oktober geniet Fortis van een globale noodfinanciering ten belope van 72,4 miljard euro. Als deze noodlijnen worden gevoegd bij de gewone lijnen van de Europese Centrale Bank bedroeg de financiering door de centrale banken op 3 oktober 120 miljard euro.

Op 3 oktober kocht de Nederlandse Staat de bank- en verzekeringsactiviteiten van de Fortisgroep die in Nederland gevestigd zijn (inclusief ABN Amro). De bankactiviteiten werden gewaardeerd op 12,8 miljard euro (8,8 miljard euro voor ABN Amro en 4 miljard euro voor FBN) en de verzekeringsactiviteiten op 4 miljard euro, wat een totaal oplevert van 16,8 miljard euro.

De Nederlandse Staat verbond zich ertoe in het kader van deze overname de liquiditeitsbehoeften eigen aan de Nederlandse bankactiviteiten te financieren.

Dit akkoord werd goedgekeurd door de raad van bestuur van Fortis en de raad van bestuur van Fortis Bank op 3 oktober 2008.

Op 6 oktober 2008 betaalde de Nederlandse regering 50 miljard euro aan Fortis Bank, met name 12,4 miljard euro voor de overname van de bankactiviteiten en een bedrag van 34 miljard euro kortetermijnvoorschotten.

5. Tijdens het weekend van 4 en 5 oktober 2008 vonden onderhandelingen plaats met betrekking tot de overname van het saldo aan Fortis Bank aandelen in handen van Fortis Holding door de Belgische Staat, gevolgd door de overname door BNP Paribas van een controlemeerderheid in Fortis Bank.

Tijdens een vergadering van 5 en 6 oktober 2008 aanvaardde de raad van bestuur van Fortis het totstandgekomen akkoord. Op 6 oktober 2008 aanvaardden ook de raad van bestuur van Fortis Brussels en Fortis Utrecht de voorstellen aanvaard door Fortis nv/sa.

De Belgische Staat gaf bij Koninklijk Besluit van 12 november 2008, dat in werking is getreden op 5 oktober 2008, opdracht aan de FPIM om in eigen naam maar voor rekening van de Staat de deelname van Fortis Brussels in het kapitaal te verwerven.

De Belgische Staat gaf bij Koninklijk Besluit van 12 november 2008, dat in werking trad op 6 oktober 2008, opdracht aan de FPIM om in eigen naam maar voor rekening van de Staat het geheel of een deel van de aandelen in het kapitaal van Fortis Bank dat zij bezat in Fortis Bank over te dragen aan BNP Paribas, om alle overeenkomsten in die zin af te sluiten, om haar resterende participatie te beheren en om mee te werken aan de oprichting van een 'special purpose vehicle' (vennootschap met een bijzondere doelstelling) dewelke belast zou zijn met het verwerven van de derivatie financiële producten van Fortis Bank, en om alle financieringen in dit verband af te sluiten.

Op 10 oktober 2008 werd een 'share purchase agreement' (overeenkomst van aandelenoverdracht) gesloten tussen de FPIM en verschillende vennootschappen van de Fortis groep, waaronder Fortis Brussels, waarbij de FPIM de resterende aandelen van Fortis Bank kocht voor een prijs van 4,7 miljard euro.

Op 10 oktober 2008 hebben de Staat en de FPIM een protocolakkoord gesloten met

BNP Paribas en verschillende vennootschappen uit de Fortis Groep, waarin het volgende was voorzien :

- de Belgische regering behield een blokkeringsminderheid (25,01 %) via de FPIM en sloot met BNP Paribas een overeenkomst over de overname van 74,94 % van zijn participatie in het kapitaal van Fortis Bank België in ruil voor 121,2 miljoen nieuwe aandelen van BNP Paribas tegen 68 euro, met een "dividend 2008"-coupon eraan;
- de overheveling van een deel van de portefeuille gestructureerde kredieten in een afzonderlijke entiteit (Special Purpose Vehicle, SPV). Het SPV zal een pakket gestructureerde kredieten van Fortis Bank België overnemen met een netto boekwaarde van 10,4 miljard euro. Dat vehikel wordt voor 66 % door Fortis Holding gefinancierd, voor 24 % door de FPIM en voor 10 % door BNP Paribas, of ongeveer 1 miljard euro voor BNP Paribas;
- de acquisitie van 100 % van de Belgische verzekeringsactiviteiten in handen van Fortis Holding voor de prijs van 5,5 miljard euro;
- de acquisitie van een participatie van 66 % in de bankactiviteiten van Fortis Holding in Luxemburg;
- de afwikkeling van een contract tussen Fortis Holding en Fortis Bank België, relative performance note genoemd, in verband met zeer complexe verplichtingen die CASHES worden genoemd.

6. Bij dagvaarding van 13 oktober 2008, betekend aan Fortis nv/sa, de FPIM en BNP Paribas hebben een aantal kleinere aandeelhouders van Fortis nv/sa een kort geding ingeleid voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, waarbij verschillenden maatregelen werden gevorderd. Huidige eisers zijn vrijwillig tussengekomen in deze procedure. Bij vonnis van 18 november 2008 heeft de voorzitter van de rechtbank van koophandel een college van deskundigen, bestaande uit de heren Cats, Debodt en Smets aangesteld.

Parallel met deze procedure hebben bepaalde aandeelhouders van Fortis nv/sa-Fortis nv een procedure ingesteld tegen Fortis nv/sa, waar FPIM en BNP Paribas vrijwillig zijn tussengekomen, en waarin de nv Fortis Brussels en de nv Fortis Insurance werden gedagvaard in tussenkomst. Bij vonnis eveneens uitgesproken op 18 november 2008 heeft de voorzitter van de rechtbank van koophandel eenzelfde college van deskundigen aangesteld.

De eisende en vrijwillig tussenkomende partijen, waaronder huidige eisers, hebben beroep aangetekend tegen het eerste vonnis van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel van 18 november 2008.

Op 12 december 2008 heeft de achttiende kamer van het Hof van Beroep een arrest gewezen waarin zij in hoofdzaak het volgende besliste :

- het opschorten van de beslissingen van de raad van bestuur van Fortis nv/sa van 3, 5 en 6 oktober 2008;
- het benoemen van een college van experts met als opdracht een buitengewone algemene vergadering bijeen te roepen ten laatste op 12 februari 2009, teneinde over te gaan tot beraadslaging omtrent die raad van bestuur en in voorkomend geval tot de stemming door de aandeelhouders over de door de raad van bestuur op 3, 5 en 6 oktober 2008 genomen beslissingen en over de overeenkomsten die werden afgesloten in uitvoering van deze beslissingen;
- het verbieden aan de FPIM haar participatie in Fortis Bank ten belope van 241.620.557 aandelen over te dragen ten voordele van welke derde dan ook, zodat die in haar handen wordt bevroren vanaf de datum van de uitspraak van dat arrest voor een periode die van rechtswege zou eindigen op 16 februari 2009, op straffe van een dwangsom ten belope van 5 miljard euro ten laste van de FPIM en de Belgische Staat;
- het college van experts te gelasten met een opdracht op basis van artikel 168 van het Wetboek van Vennootschappen, met in hoofdzaak als doel een verslag op te maken over de financiële en andere voorwaarden van de verkoop aan de FPIM van de Fortis Bank aandelen van Fortis Brussels en over de voorwaarden van de overdracht van de ac-

tiva van de filialen en onderfilialen aan de Nederlandse Staat en aan BNP Paribas enerzijds, en anderzijds te oordelen of deze operaties werden afgesloten tegen voorwaarden die overeenstemden met het vennootschapsbelang van de groep, en over de financiële toestand van de groep voor wat betreft de solvabiliteit en de liquiditeit tussen 1 september en 12 oktober 2008, het schatten van de waarde van Fortis Bank na de kapitaalverhoging van 28 september 2008, het bepalen van de exacte situatie van de bankfilialen tussen 29 september en 3 oktober 2008 in termen van financiering, het juridisch statuut, een vergelijking ten opzichte van derden, en het geven van een oordeel over de waarde van de overgedragen activa aan de marktprijs op datum van de overdrachten, waarbij een eindverslag diende te worden neergelegd op 15 mei 2009;

- het college van experts diende een voorlopig verslag op te maken, gericht aan de organen van Fortis Holding sa/nv, die tevens ter beschikking diende te worden gesteld van de aandeelhouders binnen 35 werkdagen vanaf de datum van het arrest.

Het college van experts maakte op 26 januari 2009 haar voorlopig verslag bekend.

Bij arrest van 19 februari 2010 vernietigde het hof van cassatie het arrest van 12 december 2008 wegens schending van de motiveringsplicht.

7. Bij beslissing van 3 december 2008 heeft de Europese Commissie zich uitgesproken over de kwalificatie van de verschillende operaties in het kader van de Europese regelgeving inzake staatssteun.

De Europese Commissie oordeelde dat de kapitaalverhoging van 29 september, de toekenning van liquiditeitshulp ten voordele van Fortis Bank, de transactie uitgevoerd door Nederland en die bestond uit de aankoop van Fortis Bank Nederland en de overname van de resterende 50 % van de aandelen van Fortis Bank, de participatie van 24 % in het SPV en de verkoop van 75 % van de aandelen van Fortis Bank aan BNP Paribas allen te kwalificeren waren als staatssteun door de Belgische Staat. Zij oordeelde echter dat deze verschillende vormen van staatssteun geen schending inhielden van het gemeenschapsrecht nu zij bedoeld waren om een ernstige verstoring van de economie van een lidstaat op te heffen zoals voorzien in artikel 87 § 3 b van het EG Verdrag.

8. Op 11 februari 2009 besloot de buitengewone algemene vergadering van Fortis om de overdracht van de resterende aandelen van Fortis Bank aan de FPIM te verwerpen.

Partijen bij het protocolakkoord van 10 oktober 2008 hebben vervolgens de oorspronkelijke overeenkomst heronderhandeld, waarbij meerdere avenanten zijn tot stand gekomen, onder opschortende voorwaarde van goedkeuring door de algemene vergadering van Fortis nv/sa en van Fortis nv.

Het nieuwe protocolakkoord werd goedgekeurd door de algemene vergaderingen van Fortis nv/sa en Fortis nv op 28 en 29 april 2009 met een ruime meerderheid van de uitgebrachte stemmen.

Op 12 mei 2009 keurde de Europese Commissie de bijkomende steun van de Belgische Staat en de Luxemburgse Staat ten voordele van Fortis Bank en Fortis Holding die voortvloeide uit het heronderhandelde akkoord goed, bij toepassing van artikel 87, paragraaf 3, punt b EG Verdrag.

Na de gunstige beslissingen van de algemene vergaderingen en de toelating van de Europese Commissie werden de transacties tussen de partijen afgesloten op 12 mei en 13 mei 2009.

9. Bij exploit betekend op 25 januari 2009 dagvaardden verschillende aandeelhouders de Fortis nv/sa, de nv Fortis Brussels, de nv Fortis Utrecht, de nv Fortis Bank, de nv Fortis Insurance, de Nederlandse Staat, de FPIM, BNP Paribas en de nv De Nederlandsche Bank

voor de rechtbank van koophandel te Brussel. De vordering van eisende partijen strekt er onder meer toe :

- de besluiten van de raad van bestuur van Fortis nv/sa en Fortis Bank van 29 september 2008, de besluiten van de raad van bestuur van Fortis Bank van 3 oktober 2008 en van haar filialen en subfilialen en de overeenkomsten van overdracht van aandelen van Fortis Bank Nederland, Fortis Corporate Insurance en Fortis Insurance Nederland ten voordele van de Nederlandse Staat te vernietigen, minstens de Nederlandse Staat en de nv De Nederlandsche Bank solidair en /of in solidum hen te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding;
- de besluiten van de raad van bestuur van Fortis nv/sa en Fortis Bank van 6 oktober 2008 en van haar filialen en subfilialen en de overeenkomsten van overdracht van aandelen van Fortis Bank en Fortis Insurance Belgium te vernietigen, minstens de SPFI en BNP Paribas solidair en/of in solidum te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding.

Bij tussenvonnis van 8 december 2009 beveelt de rechtbank van koophandel Fortis bij toepassing van artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek een aantal stukken te overleggen.

## II. VOORWERP VAN DE VORDERINGEN

10. De hoofdvordering van eisers strekt ertoe de Belgische Staat te horen veroordelen tot betaling van een onbenoemde provisie van 1 euro aan elk van eisers, te vermeerderen met de vergoedende interesten vanaf het ontstaan van de schade met als gemiddelde datum 5 oktober 2008, de gerechtelijke interesten en de kosten, inclusief de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 10.000 euro voor alle eisers samen.

Zij verzoeken de rechtbank alvorens verder recht te doen een deskundige aan te stellen met als opdracht advies te verlenen over de schade die eisers als aandeelhouder leden ten gevolge van de ontmanteling van Fortis in het najaar van 2008, onder meer te adviseren over het waardeverlies per aandeel vanaf de eerste dagen van de ontmanteling en de bekendmaking ervan op de markten einde september 2008 tot na de voltrekking ervan en de bekendmaking ervan, een over het toekomstig verlies aan potentieel per aandeel in historisch perspectief op basis van casuïstiek, de elementen van het dossier waaronder een beursanalyse van het huidige Ageas en haar activa in vergelijking met het oude Fortis evenals de ter zake geldende principes.

Eisers handhaven tevens hun vordering tot het bevelen van de volgende onderzoeksmaatregelen :

a. Conform art. 871 - 877 e.v. Ger.W. de overlegging van de volledige dossiers door weerder hetzij door de betrokken derden te bevelen, niets uitgezonderd of voorbehouden en met inbegrip van de rapporten van de zogenaamde pilootgroep onder leiding van dhr. Luc Coene, de Nationale Bank, het FPIM, de CBFA en van alle andere interne en externe rapporten en notities rond :

- het verwerven door de Nederlandse Staat op of rond 3/10/08 van Fortis Bank Nederland (Holding) NV, inclusief het belang van Fortis in ABN Amro alsmede Fortis Verzekeringen Nederland NV en Fortis Corporate Insurance NV;

- het verwerven door de Belgische Staat bij wege van de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij eind september 2008 en nadien op of rond 5, 6 en 10/10/08 van een belang in Fortis Bank (50 % + 1 aandeel) inclusief de oprichting van een nieuwe vennootschap, voor 66 % gefinancierd door Fortis, met als doel de verwerving van een structured credit-portefeuille, de daaropvolgende overdracht van 75 % van de aandelen in Fortis Bank aan BNP Paribas in ruil met een belang van 11 % in BNP Paribas, de rechtstreekse verkoop van 100 % van de aandelen in Fortis Insurance Belgium aan BNP Paribas en de verwerving door BNP Paribas van 67 % van de aandelen in Fortis Banque Luxem-



bourg waarbij de Luxemburgse Staat de resterende aandelen verwerft. Zo onder meer doch niet uitsluitend het document getiteld "project Diane - Fortis Negotiation Pack Price Paid for DIN" opgesteld door Fortis Holding met behulp van Morgan Stanley en het rapport dat door Morgan Stanley op de beheerraad van Fortis van 3 oktober 2008 is gepresenteerd;

- de waarschuwingen en onderrichtingen uitgaande van verweerder en haar uitvoeringsagenten aan Fortis NV, Fortis Bank en/of alle andere onderdelen van de Fortisstructuur;

- de verzoeken en briefwisseling tussen verweerder en haar uitvoeringsagenten en de mededingingsautoriteiten, zowel de nationale mededingingsautoriteiten als de Europese Commissie;

- de besprekingen met PING AN of met de Chinese overheid tussen op of rond 15/1/09 en heden.

Minstens de overlegging te bevelen door verweerder en/of derden conform art. 871, en art. 877, 878, 879 en 880 GW van :

- de rapporten, verslagen en nota's van het 'comité de pilotage' geleid door de heer COENE, vice-gouverneur van de Nationale Bank tussen 15/9/08 en 15/10/08 bij verweerder, bij de Nationale Bank van België en bij de heer COENE;

- alle e-mails tussen de Heren LETERME en REYNDERS onderling en elk van hen of samen met de heer COENE tussen 15/9/08 en 15/10/08 ter zake van het dossier Fortis bij verweerder, bij de Nationale Bank van België en bij de heer COENE;

- alle nota's, rapporten, memo's, adviezen of anders genoemde documenten van het CBFA en de Nationale Bank van België, hetzij van haar toenmalige Voorzitter respectievelijk Gouverneur, hetzij van andere functionarissen en ambtenaren ter zake van het dossier FORTIS tussen 15/9/08 en 15/10/08 bij verweerder, het CBFA en bij de Nationale Bank van België;

- alle nota's, rapporten, memo's, adviezen of anders genoemde documenten van de toenmalige kabinetsmedewerkers van de heren LETERME en REYNDERS evenals hun onderlinge e-mails ter zake van het dossier FORTIS 15/9/08 en 15/10/08 bij verweerder en bij de heren Yves Leterme voormalig eerste minister en Didier Reynders voormalig vice-eerste minister;

- alle brieven, e-mails en faxen ter zake van het dossier Fortis tussen de Nederlandse Staat en verweerder, hetzij tussen de betrokken Ministers Bos, Leterme en Reynders, hetzij via hun respectieve kabinetsmedewerkers tussen 15/9/08 en 15/10/08, bij verweerder en bij de heren Yves Leterme voormalig eerste minister en Didier Reynders voormalig vice-eerste minister;

- een stuk getiteld 'project diane - Fortis Negotiation Pack - price paid for DIN' bij verweerder, bij AGEAS NV en bij Morgan Stanley;

- een schattingsverslag van Morgan Stanley van 3 oktober 2008 bij verweerder, bij AGEAS NV en bij Morgan Stanley;

- een lijst met 640 namen van personen die betrokken waren bij het ontmantelingsdossier van Fortis opgesteld door de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezens (CBFA) die eind 2009 een brief kregen ter zake van de gebeurtenissen tussen 28 september en 3 oktober 2008 en hun toegang tot beursgevoelige informatie bij het CBFA;



b. Conform art. 915 Ger.W. het getuigenverhoor te bevelen met betrekking tot volgende feiten :

1. De raad van bestuur van de Fortis SA/NV en Fortis NV kreeg tijdens de onderhandelingsprocessen in de periode tussen op of rond 27/09/08 en 5/10/08 met als onderhandelaars de Belgische Staat, de Nederlandse Staat en BNP Paribas met ondermeer de Heren Reynders (B), Leterme (B) en Bos (NL) geen of niet voldoende informatie, en de raad van bestuur van de Fortis holding werd zelfs bewust niet betrokken of minstens pas in een laat stadium betrokken, waardoor deze raad van bestuur niet kon deelnemen aan de besprekingen, de besluitvorming en de wilsovereenstemming op het ogenblik van de respectieve akkoorden.

2. Noch de raad van bestuur van Fortis NV/SA en Fortis NV noch deze van Fortis Brussels NV en Fortis Utrecht NV hebben hun akkoord gegeven aan de Belgische Staat om tussen op of rond 27/9/08 en 5/10/08 als hun feitelijke bestuurder te handelen.

3. De Belgische Staat heeft, desgevallend als zaakwaarnemer, zonder dat de wettelijke titularissen belemmerd waren, op actieve en zelfs leidende wijze de onderhandelingen in naam en voor rekening van Fortis NV/SA en Fortis NV minstens van Fortis Brussels NV en Fortis Utrecht of andere Fortis vennootschappen gevoerd tussen op of rond 27/09/08 en 28/09/08 met de Nederlandse Staat en nadien op of rond 5/10/08 met BNP Paribas.

4. De Belgische Staat heeft tijdens de onderhandelingen met de Nederlandse Staat en BNP Paribas tussen op of rond 27/09/08 en 5/10/08 geen rekening gehouden met de belangen van de aandeelhouders van Fortis NV/SA en Fortis NV.

5. De Belgische Staat beschikte in tegenstelling tot de Nederlandse Staat tussen op of rond 27/09/08 en 5/10/08 niet over een noodplan of rampenplan voor een financiële crisis of andere voorbereidingen zoals opleidingen met simulaties voor haar aangestelden.

6. De Belgische Staat heeft voorafgaandelijk aan de verkoop van Fortis Bank Nederland (Holding) NV, inclusief het belang van Fortis in ABN Amro, alsmede Fortis Verzekeringen Nederland NV en Fortis Corporate Insurance NV aan de Nederlandse Staat op 3/10/08 geen onafhankelijke actuele waardering van de aandelen of van de diverse activa laten uitvoeren.

7. De Belgische Staat heeft voorafgaandelijk aan de verkoop van Fortis Bank aan BNP Paribas op 5/10/08 geen onafhankelijke actuele waardering van de aandelen of de diverse activa laten uitvoeren.

8. De Belgische en Nederlandse Staat evenals FORTIS hebben op initiatief van één van hen vanaf 28/9/08 tot 3/10/08 bewust naar de markt toe het beeld gecreëerd dat Fortis gered was terwijl zij op dat ogenblik terdege wisten

(i) dat de Nederlandse Staat haar verbintenis tot kapitalisatie met 4 miljard Euro in Fortis Bank Nederland (Holding) NV niet zou nakomen

(ii) dat Fortis nog steeds noodlijdend was minstens dat Fortis niet gered was mede omdat er onvoorspelbare externe factoren waren zoals de reactie van de interbancaire kredietverstrekkers.

9. De afspraken en instructies omtrent punt 5 werden schriftelijk vastgelegd in e-mails en documenten zoals Emergency Loan Assistance Agreements.

10. De Belgische Staat wist van op of rond 28/9/08 tot 3/10/08 dat het verspreiden van de onjuiste informatie omtrent het voorgaande punt schadelijk en nadelig was voor de markt.

11. De Belgische Staat wist minstens reeds op 28/9/08 dat art. 16 van de Fortis statuten

en art. 11.3.2 van de Fortis Governance Statement de raad van bestuur van Fortis SA/NV en Fortis NV verplichtte om transacties zoals de in de daarop volgende periode tot 5/10/08 afgesloten transacties met de Nederlandse Staat, de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en BNP Paribas aan de voorafgaandelijke goedkeuring van de algemene vergadering van FORTIS voor te leggen.

12. Dhr. Jan Michiels Hessels waarschuwde de Nederlandse Staat via het Ministerie Financiën in Den Haag vanaf op of rond 28/9/08 tot 3/10/08 dat de activa van Fortis Verzekeringen in onderpand waren gegeven aan de Belgische Staat naar aanleiding van de operatie waarin laatstgenoemde een belang van 49,92 % in Fortis Bank SA/NV voor een bedrag van 4,7 miljard Euro verwierf.

13. De Nederlandse Staat vertegenwoordigd door haar regering heeft vanaf op of rond 28/9/08 tot 3/10/08 Nederlandse bedrijven gevraagd hun geld uit Fortis terug te trekken waardoor in enkele uren ongeveer 60 miljard Euro van de rekeningen van Fortis Nederland zijn weggehaald.

[c.] Aan eisers voor zoveel als nodig voorbehoud te verlenen voor het verzoek tot persoonlijke verschijning van partijen.

10. De Belgische Staat verzoekt de rechtbank de vordering van eiseres onontvankelijk te verklaren, minstens af te wijzen als ongegrond.

De Belgische Staat stelt een tegenvordering in die ertoe strekt eisers op hoofdvordering solidair, in solidum, minstens de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot betaling aan de Belgische Staat van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding van 25.000 euro, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf de datum van neerlegging van de eerste conclusies van de Belgische Staat (15 juni 2009) tot de datum der algehele betaling.

De Belgische Staat vordert in elk geval de veroordeling van eisers op hoofdvordering tot de betaling van alle kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 30.000 euro.

### III. BEOORDELING

#### A. Ontvankelijkheid

11. Verweerder voert de onontvankelijkheid van de vordering van eisers aan wegens gebrek aan belang en hoedanigheid.

Volgens artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek kan de rechtsvordering niet worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid en belang heeft om ze in te dienen. Artikel 18, lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek voegt hieraan toe dat het om een reeds verkregen en dadelijk belang moet gaan.

Het processueel belang wordt omschreven als ieder voordeel, hetzij materieel, hetzij moreel, dat door de eiser door middel van zijn vordering in rechte kan worden betrokken. Uit de stukken C1, C2 en C3 blijkt dat eerste, tweede en derde eiser minstens vanaf 16 oktober 2007 tot 17 juni 2010, datum waarop het attest werd afgeleverd, eigenaar waren van aandelen Fortis. Zij voeren aan persoonlijk morele en materiële schade te hebben geleden door fouten begaan door verweerder in deze periode, en vorderen vergoeding van deze schade op grond van artikel 1382 en artikel 1383 van het Burgerlijk Wetboek, minstens voeren zij aan recht te hebben op een billijke vergoeding wegens onteigening of quasi-ontteigening. Het staat dan ook vast dat eisers voordeel kunnen putten uit hun vordering, met name door het herstel van de door hen ingeroepen schade, zodat zij blijken geven van het wettelijk vereiste belang.

De vraag of eisers als aandeelhouders van Fortis nv/sa al dan niet persoonlijke schade hebben geleden, en of die schade een zeker karakter heeft, raakt de grond van het geschil en niet de ontvankelijkheid van de vordering.

Eisers beschikken om deze reden eveneens over de vereiste hoedanigheid voor het instellen van deze vorderingen op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 16 van de Grondwet. Het is voor de ontvankelijkheid van deze vorderingen niet vereist dat eisers zouden aantonen nog steeds aandeelhouder van Fortis te zijn op het ogenblik van de in beraad name van de zaak.

Eisers dienen hun vordering in te stellen tegen degene die over de vereiste hoedanigheid beschikt om hierop te antwoorden. Aangezien eisers een schadevergoeding vorderen vanwege verweerder voor schade die zij stellen te hebben geleden door tussenkomst van de organen en aangestelden van verweester, en dit voorafgaand aan de tussenkomst van het FPIM, minstens een billijke vergoeding vorderen van verweerder bij toepassing van artikel 16 van de Grondwet, beschikt verweerder ontegensprekelijk over hoedanigheid om op deze vordering te antwoorden.

De vordering van eisers is ontvankelijk.

## B. Ten gronde

### B.1. 1382 Burgerlijk Wetboek

12. Eisers verwijten de Belgische Staat buiten de wet te hebben gehandeld door zich rechtstreeks te mengen in het bestuur van de Fortis vennootschappen, en ook bij de uitwerking van diverse rechtshandelingen te hebben gehandeld in strijd met verschillende rechtsnormen en rechtsregels.

Hierbij maken zij een onderscheid tussen de transacties met de Nederlandse Staat in de periode op en rond 3 oktober 2008, en bij de transacties met BNP Paribas op en rond 5 en 6 oktober 2008. De rechtsgeldigheid van de eerste reddingsoperatie van 27 en 28 september 2008 wordt niet betwist.

Zij verwijten de Belgische Staat in concreto :

- [...] zich zonder mandaat noch toestemming van de respectieve algemene vergaderingen te hebben gedragen en te hebben gehandeld als feitelijke bestuurder van Fortis sa/nv en Fortis nv, minstens van Fortis Brussels nv en Fortis Utrecht nv Fortis Insurance nv;
- [...] te zijn opgetreden als onwettige zaakwaarnemer, zonder dat de gemandateerden van de aandeelhouders, met name de bestuurders, verhinderd waren om hun belangen te behartigen;
- [...] te hebben gehandeld met miskenning van de wet en met miskenning van de statuten door de respectieve raden van bestuur van Fortis sa/ nv en Fortis nv, minstens van Fortis Brussels nv en Fortis Utrecht nv en Fortis Insurance nv niet bij de onderhandelingen te betrekken, en door integendeel achteraf de reeds getroffen regeling af te dwingen en op te leggen : zij verwijten de Belgische Staat hierbij te hebben nagelaten de raad van bestuur te horen, het onderzoek van het dossier gebrekkig te hebben gevoerd, en zijn machtspositie te hebben misbruikt.
- [...] te hebben nagelaten de transacties aan de voorafgaande toestemming van de algemene vergadering van Fortis sa/nv en Fortis nv te onderwerpen in strijd met artikel 14 van de Fortis statuten en artikel II.3.2. van de Fortis Government Statement.
- [...] zich schuldig te hebben gemaakt aan een derde medeplichtigheid aan contractbreuk door de Nederlandse Staat, die zijn verbintenis van 28 september 2008 om een kapitaalverhoging te doen van Fortis Bank Nederland (holding) nv niet naleefde, door een latere afwijkende overeenkomst te onderhandelen en nadien te helpen realiseren;

- [...] te hebben gehandeld in strijd met artikel 10 en 11 van de Grondwet door geen staatswaarborg toe te kennen aan Fortis SA/nv en Fortis nv en in diezelfde periode wel aan onder meer Dexia Bank nv en KBC nv;
- [...] te hebben gehandeld in strijd met artikel 10 en 11 van de Grondwet door enkel de belangen van de spaarders en het personeel na te streven, en niet dat van de aandeelhouder;
- [...] niet over een noodplan, rampenplan en andere voorbereidingen zoals opleidingen met simulaties voor haar aangestelden te beschikken, door geen objectieve omstandige en zorgvuldig voorbereide schattingen en berekeningen te laten maken, door geen time out te organiseren, en op volmaakt geïmproviseerde wijze te werk te gaan;
- [...] Fortis Verzekeringen Nederland nv en Fortis Insurance Belgium nv mee te hebben verkocht zonder dat daartoe enige juridisch, economisch of financieel verantwoorde reden was, aangezien deze vennootschappen geen financiële moeilijkheden kenden;
- [...] een rechtstreekse of onrechtstreekse onteigening van activa van Fortis nv/sa en Fortis nv ten nadele van eisers te hebben gerealiseerd in strijd met artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM en artikel 16 van de Grondwet en artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek;
- [...] misleidende informatie te hebben verstrekt omtrent het definitieve karakter van de reddingsoperatie en door actief mee te werken aan de wanprestatie van de Nederlandse Staat;

Eisers voeren aan persoonlijke schade te hebben geleden bestaande uit de volgende aspecten :

- een waardevermindering (damnum emergens) ex aequo et bono begroot op 3 euro per aandeel, uitgaande van de waarde van het Fortis aandeel op 25 september 2008, gelijk aan 6,53 euro, en de waarde op het ogenblik van het schrijven van de conclusies, gelijk aan 2 euro;
- verlies aan potentieel van het aandeel (lucrum cessans) ex aequo et bono geraamd op 10 euro per aandeel : zij voeren aan dat het Fortis aandeel dezelfde evolutie zou hebben gehad als het aandeel KBC en Dexia indien de ontmanteling niet had plaatsgevonden én er een staatswaarborg was gekomen;
- morele schade.

#### B.1.1. Schade

13. De schade die eisers aanvoeren te hebben geleden, bestaande uit een waardevermindering van hun aandeel en een verlies aan potentieel van hun aandeel, kan worden omschreven als patrimoniale reflexschade.

Eisers dienen aan te tonen dat de door hen geleden schade zeker en eigen is.

Er bestaat geen betwisting over het feit dat afgeleide schade sensu strictu niet tot schadeloosstelling kan leiden wanneer het hoofdslachtoffer een herstel of vergoeding van de door hem geleden schade nastreeft of nog over de mogelijkheid beschikt om dit te doen (zie onder meer D. DE MAREZ, De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap, KULeuven, 2004, 271). Enkel zekere schade kan leiden tot schadeloosstelling. Eisers voeren aan dat op de laatste algemene vergadering zou zijn bevestigd dat de vennootschap Fortis/Aegeas niet[s] zal ondernemen tegen verweerder, zonder dat dit punt door verweerder wordt betwist.

De schade van de aandeelhouders is echter in deze niets anders dan de schade aan de vennootschap die alle aandeelhouders op gelijke wijze treft, in verhouding tot hun participatie. Dit is een bijzondere vorm van schade door weerkaatsing (hierna : afgeleide schade sensu strictu), die hierdoor wordt gekenmerkt dat de schade van het slachtoffer door weerkaatsing volledig verdwijnt indien het onmiddellijke slachtoffer, de vennootschap, wordt vergoed. De traditionele rechtsleer en rechtspraak neemt unaniem aan dat voor een individuele vordering naast de vennootschapsvordering geen plaats is (zie onder meer in die zin RPDB, v° "société anonyme", nr. 946, 419; VAN RYN, J., Principes de

droit commercial, Brussel, Bruylant, 1959, nr. 514, 398, FREDERICQ, L. en FREDERICQ, S., Handboek van Belgisch Handelsrecht, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 836, 668; HORMANS, G. en T'KINT, F., "La société anonyme (1960 à 1972)", JT, 1973, nr. 63 442; RONSE, J., Algemeen deel van het vennootschapsrecht, Leuven, Acco, 1975. 462; X, noot onder Kh. Brussel 6 juni 1977, RPS, 1977, nr. 5952, 217; RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. en GREGOIRE, A., Traité des sociétés anonymes, Brussel, Swinnen, 1982, II, nr. 979, 224; VAN CROMBRUGGE, S., De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschaps-groepen, Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 129, 150; DIRIX, E., Het begrip schade, Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 148, 100; R. DALCQ, "Traité de la responsabilité civile", II, in Les Nouvelles, Brussel, Larcier, 1962, nr. 2997). Deze stelling wordt ook in recentere rechts-leer bijgetreden (LAGA, H., "De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek", Jan Ronse Instituut (red.), NV en BVBA na de wet van 18 juli 1991, Kalmthout, Biblo, 1992, nr. 5, 221; TILQUIN, T. en SIMONART, V., Traité des sociétés, Diegem, Kluwer, 1996, nr. 738, 536; J. VANANROYE, "Zelfstandige vorderingsrechten van aandeelhouders voor schade aan het vennootschapsvermogen" in H.-J. DE KLUIVER en J. WOUTERS eds., Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief : vergelijkende beschouwingen naar Belgisch en Nederlands recht, Antwerpen, Intersentia, 1998, 235-236).

De schade van de aandeelhouder vloeit enkel voort uit de hoedanigheid van lid en valt bovendien samen met de schade door de rechtspersoon geleden, derwijze dat het herstel van de maatschappelijke schade meteen ook iedere schade van de leden doet ophouden te bestaan (DIRIX E., Het begrip schade, Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 148, 100).

Ofschoon de leden van de groepering belang hebben bij het behoud van het maatschappelijk vermogen der groepering kunnen zij naast de aanspraak van de groep geen eigen rechten laten gelden. Waar de leden, door hun inbreng, een maatschappelijk vermogen stichten, beperken zij daardoor de mogelijkheid om daarin schade te leiden tot de maatschappelijke schade (zie J. RONSE, Schade en schadeloosstelling in de reeks APR, Gent, Story, 1957, 507, nr. 731).

De rechtbank treedt de motivering van de heer Dalcq bij, die onder meer het volgende stelt :

Le préjudice que cause à l'associé le dommage subi par la société ne se distingue pas de ce dernier. Si les associés subissent une perte patrimoniale ou extra-patrimoniale, c'est uniquement en leur qualité de membres du groupe, et le dommage dont ils pourraient alléguer l'existence n'existe qu'à travers l'être moral. Ils subissent une diminution de la valeur des droits que leur confère la qualité d'associé, mais ce préjudice disparaît nécessairement dès qu'est réparé le dommage subi par l'être moral lui-même. Il y a donc bien confusion entre les deux préjudices. La personne morale s'interpose entre les associés et l'auteur de la faute. Son existence constitue un obstacle aux actions individuelles des associés (Vrije vertaling : Het nadeel veroorzaakt aan de vennoot door de schade geleden in hoofde van de vennootschap onderscheidt zich niet van dit laatste. Wanneer vennoten een patrimoniale of extra-patrimoniale schade ondergaan, dan is dat uitsluitend in hun hoedanigheid van leden van de groep, en de schade waarop zij zich zouden menen te kunnen beroepen bestaat slechts in hoofde van de rechtspersoon. Zij ondergaan een vermindering van de waarde van de rechten die zij ontleen aan de hoedanigheid van de vennoot, maar dat nadeel verdwijnt noodzakelijkerwijze zodra het nadeel ondergaan door de rechtspersoon zelf hersteld wordt. De beide nadelen zijn niet van elkaar te onderscheiden. De rechtspersoon plaatst zich tussen de vennoten en de dader van de fout. Het bestaan van de rechtspersoon maakt een obstakel uit voor individuele vorderingen van de vennoten) (R.O. DALQ, Traité de la responsabilité civile, T. II, in Les nouvelles, T, V-2, Brussel, Larcier, 1962, 311-312, nr. 2996; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, T. PERSYN, P. ERNST en J.L. SCHUERMANS, "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad - schade en schadeloosstelling (1983-1992)", T.P.R. 1994, (851), 935, nr. 4.2).

Les actionnaires ne peuvent pas agir, même si la société s'abstient de réclamer person-

nellement réparation du préjudice qui lui est causé. Cette décision les lie en vertu du contrat de société et le préjudice qu'ils subiraient dans ce cas ne trouverait pas sa cause dans la faute du tiers, mais bien dans le contrat de société lui-même. Le dommage qui est uniquement une conséquence de leur qualité d'actionnaire ne donne pas naissance dans leur chef à un droit à réparation à charge du tiers responsable (Vrij vertaald : De aandeelhouders kunnen niet in rechte optreden, zelfs indien de vennootschap zich ervan onthoudt om persoonlijk herstel te vorderen van de schade die haar werd berokkend. Deze beslissing verbindt de aandeelhouders ingevolge het vennootschapscontract en de schade die zij zouden ondergaan in dit geval, vindt niet haar oorzaak in de fout van de derde maar wel degelijk in het vennootschapscontract zelf. De schade die slechts een gevolg is van hun hoedanigheid van aandeelhouder doet in hunnen hoofde geen recht op herstel ontstaan ten laste van de derde die verantwoordelijk is) (R.O. DALCQ, o.c., nr. 2997).

Dit standpunt vindt ook onrechtstreeks steun in het recent wetgevend werk inzake de aansprakelijkheid van bestuurders. De wetgever opteerde in 1991 voor de invoering van de minderheidsvordering (wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de wetten betreffende de handelsvennootschappen gecoördineerd op 30 november 1935 in het kader van een doorzichtige organisatie van de markt van de ondernemingen en van de openbare overnameaanbiedingen, B.S. 26 juli 1991). De wetgever achtte het hierbij "niet aangewezen om aan iedere aandeelhouder afzonderlijk, of aan een minderheid onder hen de mogelijkheid te bieden voor eigen rekening en eigen voordeel een gedeelte van de schadevergoeding te vorderen, waartoe de bestuurders hadden kunnen worden veroordeeld, mocht de vennootschap besloten hebben tegen hen een vordering in te stellen" (Parl. St. Senaat 1990-1991, nr. 1107-1, Memorie van Toelichting, 29 en 82).

De stelling van De Marez, die ruimte ziet voor een vordering van de aandeelhouder voor schade die zich niet onderscheidt van de schade van de vennootschap, kan niet worden bijgetreden.

De vordering van eisers tot vergoeding van materiële schade is ongegrond, bij gebrek aan bewijs van persoonlijke schade, onderscheiden van de schade van de vennootschap waarvan zij aandeelhouder is.

14. Eisers tonen ten slotte niet aan morele schade te hebben geleden ten gevolge van de beweerde fouten van verweerder. Een dergelijke schade wordt niet vermoed.

#### B.1.2. Causaal verband

15. Zelfs zo het bewijs van eigen schade in hoofde van eisers zou kunnen worden aangetoond, dienen eisers daarnaast het bewijs te leveren van het bestaan van een causaal verband tussen deze schade en de fouten die zij aan verweerder verwijten.

Eisers dienen onder meer met gerechtelijke zekerheid aan te tonen dat de schade, zoals ze zich in concreto voordeed, zonder de fout niet zou zijn ontstaan. Zowel de bewijslast als het bewijsrisico rusten op eisers.

Het is hierbij noodzakelijk dat wordt rekening gehouden met de concrete toestand zoals zij bestond op het ogenblik waarop de aangevoerde fouten zouden zijn begaan, in casu in de periode op en rond 3 oktober 2008 en op en rond 5 en 6 oktober. Bij het beoordelen van het bestaan van een causaal verband dient de fout immers te worden weggedacht, in voor het overige ongewijzigde omstandigheden.

Eisers waren minstens tot op 17 juni 2010 aandeelhouders van Fortis nv/sa. Uit de door hen voorgelegde attesten blijkt dat gedurende de periode van 16 oktober 2007 tot 17 juni 2010 geen bewegingen zijn gebeurd op hun effectenrekeningen met betrekking tot het Fortis-aandeel. Bij het bepalen van de schade geleden door eiser en het causaal verband dient dan ook rekening te worden gehouden met de ontwikkelingen die hebben

plaatsgevonden na begin oktober 2008, en in het bijzonder de onderhandelingen tussen de Belgische Staat, Fortis Holding en BNP Paribas om het protocolakkoord van 10 oktober 2008 te amenderen, waarbij de voorwaarden van de acquisitie van de Fortis-activiteiten in België en Luxemburg werden gewijzigd, en de goedkeuring van het gewijzigd protocolakkoord door de buitengewone algemene vergadering.

16. De rechtbank houdt rekening met het verslag van de Europese Commissie, waarin de toestand van Fortis in de periode september-oktober 2008, evenals de gevolgen van de door de staten van de Benelux genomen maatregelen op onafhankelijke wijze worden geanalyseerd (Verslag Europese Commissie C (2008) 8085 dd. 3 december 2008).

Ten titel van inlichting kan tevens worden verwezen naar het voorlopig rapport van het college van experts, dat door het Hof van Beroep te Brussel bij arrest van 12 december 2008 bij toepassing van artikel 168 van het Vennootschappenwetboek werd bevolen.

Verweerder beroept zich uitdrukkelijk op dit verslag, en betwist de bewijswaarde ervan niet.

Eisers waren zelf partij in de procedure voor het hof van beroep te Brussel, waarin tot de aanstelling van het college van experts werd besloten. Naar analogie met artikel 957, lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek kan worden aangenomen dat de vernietiging van het arrest van het hof van beroep van 12 december 2008 door het hof van cassatie bij arrest van 19 februari 2010 om redenen vreemd aan de onderzoeksmaatregel bij toepassing van artikel 168 van het Vennootschappenwetboek niet de nietigheid van het voorlopig verslag van de experts tot gevolg heeft.

Eisers voeren aan dat de experts verschillende redenen eigen aan het deskundig onderzoek niet hebben nageleefd, door geen opmerkingen van partijen toe te laten, doordat één van de vijf deskundigen het verslag niet ondertekende, ... Het verslag zoals het werd neergelegd door het college van experts was echter een louter voorlopig verslag, dat op verzoek van het hof van beroep op zeer korte termijn ter informatie aan de aandeelhouders werd overgemaakt. Door de evolutie die de zaak kende na de uitspraak van het hof van beroep werd nooit een eindverslag opgemaakt. De regels van toepassing op een eindverslag, zoals de verplichting tot vermelding van een eedformule gevolgd door de handtekening, en de verplichting om partijen de mogelijkheid te bieden opmerkingen te maken op het voorverslag, zijn in het stadium van een voorlopig voorverslag nog niet aan de orde, zodat er geen reden is om tot de nietigheid van dit voorverslag te besluiten. Wel kan aan dit voorverslag, gelet op het voorlopig karakter, niet de bewijswaarde van een deskundig verslag worden verleend. Aangezien het verslag vermeldt dat dit bij unanimité werd opgemaakt, kan de stelling van eisers dat de stem van de vijfde expert, die afwezig was bij ondertekening, doorslaggevend was niet worden bijgetreden. Dit verslag geldt slechts ten titel van inlichting.

Partijen hebben over de inhoud van dit verslag bovendien tegenspraak kunnen voeren, zodat hun rechten van verdediging niet worden geschonden door het in aanmerking nemen van dit verslag. De houding van eisers is overigens intern tegenstrijdig : hoewel zij enerzijds verklaren de juridische waarde van dit verslag te betwisten, blijken zij dit verslag zelf bij te brengen [...], en beroepen zij zich uitdrukkelijk op de inhoud ervan.

17. De interventie van de Belgische, Nederlandse en Luxemburgse Staat in het weekend van 27 en 28 september 2008 wordt door eisers in de gedetailleerde opsomming van de aan verweerder verweten fouten niet in vraag gesteld, zodat hierop niet verder wordt ingegaan. Eisers betwisten niet dat Fortis op het ogenblik van deze interventie virtueel failliet was. Voor zoveel als nodig kan worden verwezen naar het voorlopig verslag van de experts aangesteld door het Hof van Beroep en het verslag van de Europese Commissie. De experts stellen in ondubbelzinnige bewoordingen dat Fortis Bank op 26 september een erg acute liquiditeitscrisis heeft gekend, die de continuïteit van de bankpoot duidelijk in gevaar heeft gebracht en bijgevolg ongetwijfeld ook de continuïteit van de



holding zelf. De experts besloten dat Fortis Bank bij gebrek aan een dringende oplossing tijdens het weekend op maandagochtend 29 september in een toestand van staking van betaling zou zijn verzeild geraakt. Ook de Europese Commissie oordeelde dat een herkapitalisatie van Fortis Bank onontbeerlijk was om de levensvatbaarheid van Fortis Bank op de lange termijn te herstellen (Verslag EC p. 22, nr. 86).

18. Op maandag 29 september bleek echter dat de massieve interventie van de staten het vertrouwen van de financiële markten niet voldoende had hersteld, waarna het Fortis aandeel eindigde met een slotkoers van 3,97 euro. De experts halen meerdere redenen aan voor deze koersval en het aanhoudend gebrek aan vertrouwen, die allen vreemd zijn aan verweerster.

De experts aangesteld door het hof van beroep stelden vast dat Fortis Bank tijdens het tweede weekend van 4 en 5 oktober nog steeds in virtuele staat van staking van betaling verkeerde, aangezien zij niet in staat was om aan haar verplichtingen van maandagochtend 6 oktober te voldoen : dat was volgens de experts slechts mogelijk dankzij de gezamenlijke tussenkomst van de NBB en BNP Paribas (Voorlopig verslag experts p. 84, nr. 293).

Ook de Europese Commissie stelde vast dat de operatie van 28 september 2008 er niet in was geslaagd om de markten en de cliënten gerust te stellen : de afhaling van tegoden door institutionele cliënten en door ondernemingen nam substantieel toe : tussen 29 september en 3 oktober 2008 werd zo 35,9 miljard euro afgehaald. Op de interbankenmarkt zag Fortis Bank zich voor de quasi-onmogelijkheid gesteld om te ontlene, met als enige resterende mogelijkheid toegang tot overnight leningen. Fortis Bank moest voor enorme bedragen beroep doen op liquiditeitssteun van de Nationale Bank van België : in totaal bedroeg de door de Nationale Bank van België aan Fortis Bank verstrekte financiering meer dan 60 miljard euro op 29 september 2008, en meer dan 90 miljard euro de vier volgende dagen. Zonder deze liquiditeitssteun had Fortis Bank niet kunnen voorkomen dat zij die week haar boeken had moeten neerleggen (zie Verslag EC nr. 20, p. 6 en nr. 87 p. 22).

De Europese Commissie was van oordeel dat het duidelijk was dat ook de verkoop van Fortis Bank Nederland op 3 oktober 2008 bijdroeg tot het oplossen van de problemen van Fortis Bank, aangezien deze het mogelijk maakte de liquiditeitssteun in te krimpen, en door de verkoop van de van ABN Amro overgenomen activiteiten de twijfel ten aanzien van de waarde en de financiering van deze overname, die had bijgedragen tot het wantrouwen van de markt in Fortis Bank, werd weggenomen (Verslag EC, p. 23, nr. 88). Ook de experts wezen erop dat de situatie van Fortis Bank verbeterde door de verkoop van de Nederlandse entiteiten zowel wat haar solvabiliteit en liquiditeit betreft, waarbij de toestand van Fortis Bank desondanks vrij zorgwekkend en onzeker bleef (Voorlopig verslag experts p. 57, nr. 187).

Hoewel de verkoop van de Nederlandse activiteiten de financieringsbehoeften met meerdere tientallen miljarden zou verminderen, bleek dit onvoldoende om de liquiditeitsproblemen van Fortis Bank op te lossen (p. 14 Verslag Europese Commissie C (2008) 8085 dd. 3 december 2008).

Er kan dan ook weinig twijfel over bestaan dat, bij afwezigheid van enige tussenkomst van verweerster, ook na 28 september 2008, Fortis Bank ertoe gehouden zou zijn de boeken neer te leggen, en ook de levensvatbaarheid van Fortis Holding in het gedrang kwam.

Ten aanzien van de transacties van 5 oktober 2008 was de Europese Commissie van oordeel dat het in de gegeven omstandigheden noodzakelijk was om Fortis Bank onverwijld onder te brengen bij een vooraanstaande speler uit de Europese financiële sector die, door zijn omvang en zijn financiële soliditeit in staat zou zijn het vertrouwen in Fortis Bank en haar levensvatbaarheid op korte termijn te waarborgen (Verslag EC p. 24,



nr. 89). Met de staatsinterventie werd aan Fortis Bank een voordeel verleend, waardoor zij door een solide particuliere bank kon worden overgenomen, "het enige scenario waarin zij haar levensvatbaarheid kon herstellen en haar boeken niet hoefde neer te leggen" (Verslag EC p. 16, nr. 65, met voetnoot : omdat de seminationalisering van 28.9.2008 er niet in geslaagd was het vertrouwen van de markten te herstellen en omdat, door dit gebrek aan vertrouwen, het uitzonderlijke liquiditeitsstekort van Fortis de Staat dwong om haar voor bijna 100 miljard te financieren beschouwde België nationalisering niet als een optie).

19. Eisers dienen te bewijzen dat, zo de overheid op een andere wijze zou hebben gehandeld, en de door haar als fout omschreven gedragingen zouden worden vervangen door het door eisers als rechtmatig beschouwd alternatief, de waardevermindering van de aandelen had kunnen worden beperkt, en de koers zich meer dan thans het geval is zou hebben hersteld, en geen morele schade zou zijn geleden.

Eisers voeren vooreerst aan dat het Fortis aandeel dezelfde evolutie zou hebben gehad als het aandeel KBC en Dexia indien de ontmanteling niet had plaatsgevonden én er een staatswaarborg was gekomen. Zij bewijzen echter niet met gerechtelijke zekerheid dat het door hen naar voren geschoven scenario van staatsgaranties het vertrouwen van de markt had kunnen herstellen, en de levensvatbaarheid van Fortis Bank en Fortis Holding had kunnen waarborgen.

Het enkele feit dat de staatsgaranties een gunstige invloed hebben gehad op de koers van het aandeel van Dexia en KBC vormt geen bewijs van het feit dat een staatsgarantie aan Fortis hetzelfde gevolg zou hebben gehad. Zoals hoger reeds werd aangegeven was de toestand van Fortis uitzonderlijk ernstig, en was het marktvertrouwen verdwenen, met als gevolg een afsluiting van de toegang tot de markt van interbancaire kredieten en een bank run.

Eisers tonen niet aan dat de situatie van de verschillende banken dermate vergelijkbaar was, dat een oplossing die tot gunstige resultaten leidde bij de ene bank, met zekerheid eenzelfde gunstig resultaat tot gevolg zou hebben bij een andere bank.

Ter vergelijking : de staatswaarborg aan Dexia begin oktober 2008 bedroeg 150 miljard euro, doch verdeeld over de Belgische, Franse en Luxemburgse Staat; de staatswaarborg die aan KBC werd verleend dateert van mei 2009 en bedroeg 22,5 miljard euro. Dit toont aan dat de verschillende Belgische banken die een beroep dienden te doen op de hulp van de overheid, niet zomaar kunnen worden vergeleken.

De Europese Commissie gaf aan dat de problemen van Fortis het resultaat waren van een samenloop van diverse omstandigheden die onderling nauw verweven zijn : 1° de deelname van Fortis Bank aan de acquisitie van ABN Amro, 2° de subprimecrisis, 3° de vertraging bij de transactie waarbij een gedeelte van het kapitaal van de dochteronderneming Fortis Investments aan de Chinese groep Ping An werd overgedragen, 4° het verlies aan vertrouwen in Fortis op de financiële markten en 5° de liquiditeitscrisis op de financiële markten (p. 5, nr. 13-18 Verslag EC). De problemen van Fortis waren dan ook niet enkel te wijten aan de subprimecrisis en de liquiditeitscrisis op de financiële markten, maar vonden tevens hun oorzaak in omstandigheden eigen aan Fortis.

Ter illustratie kan worden verwezen naar het voorlopig verslag van de experts, waarin zij het fundamentele verschil tussen de situatie van Fortis en Dexia benadrukken, aangezien bij Dexia de aandeelhouders over een project voor kapitaalverhoging beschikten, de liquiditeitsbehoeften niet te vergelijken waren, de oplossingen van de Franse Staat in aanmerking moesten worden genomen enz. (nr. 117 voorlopig verslag).

Eisers bevestigen bovendien zelf in conclusie dat KBC het minder slecht deed dan Fortis wat de blootstelling aan toxische producten betreft. Zij tonen niet aan dat ook KBC li-

quiditeitsproblemen ondervond die vergelijkbaar waren met de uitzonderlijke liquiditeitscrisis die Fortis in de greep had.

Eisers bewijzen evenmin met de vereiste gerechtelijke zekerheid dat indien een belangrijkere rol was toebedeeld aan de raad van bestuur van Fortis in het kader van de reddingsacties en de overheid zich terughoudender zou hebben opgesteld, de voorafgaande toelating van de algemene vergadering was gevorderd, de Belgische Staat had geweigerd verder te onderhandelen met de Nederlandse Staat of actie zou hebben ondernomen tegen de Nederlandse Staat nadat deze terugkwam op het eind september onderhandelde akkoord, een noodplan, rampenplan of opleidingen beschikbaar waren vóór eind september 2008, een time-out was georganiseerd in de onderhandelingen, (een gedeelte van) Fortis Insurance Belgium en Fortis Verzekeringen Nederland nv niet waren verkocht of anders zou zijn gecommuniceerd door de Belgische Staat over de eerste fase van de reddingsoperatie, de waardevermindering van de aandelen had kunnen worden beperkt, de koers zich meer dan thans het geval is zou hebben hersteld, en zij geen morele schade zouden hebben geleden.

Hoewel het causaal verband door verweerder uitdrukkelijk wordt betwist, beperken eisers zich tot loutere beweringen, die niet ernstig worden onderbouwd.

Het bestaan van een causaal verband moet worden bewezen door diegene die vergoeding vordert. Indien het causaal verband niet vaststaat, draagt de schadelijder daarvan de gevolgen. Het volstaat hierbij niet dat het mogelijk of waarschijnlijk is dat de schade zich niet had voorgedaan bij afwezigheid van fout, wanneer dit causaal verband niet zeker is.

In casu leveren eisers het vereiste bewijs niet, noch bieden zij aan dit bewijs te leveren.

20. Eisers vorderen verschillende onderzoeksmaatregelen. Er is geen reden om op deze vordering in te gaan, om de hierna vermelde redenen.

Aangezien de beweerde feiten waarvoor het getuigenbewijs wordt aangeboden geen verband houden met het causaal verband en de schade, kunnen deze feiten de beslissing van de rechtbank over het geschil niet beïnvloeden, zodat het getuigenbewijs niet wordt toegestaan.

De door eisers op vage, algemene en allesomvattende wijze geformuleerde vordering tot overlegging van stukken beantwoordt niet aan de voorwaarden van artikel 877 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek en moet worden afgewezen. Voor de toepassing van artikel 877 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek is immers vereist dat een document bestaat, dat er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde de gevraagde documenten onder zich heeft, en het betrokken document het bewijs inhoudt van een terzake dienend feit. Eisers maken niet aannemelijk dat de gevraagde documenten bestaan, en laten na aan te geven in wiens handen deze documenten zich zouden bevinden, laat staan dat zij gewichtige bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens zouden aanvoeren waaruit zou blijken dat verweerder of bepaalde derden bepaalde welomschreven documenten in hun bezit zouden hebben. Zij geven ten slotte niet aan van welke terzake dienende feiten de betrokken stukken het bewijs zouden inhouden. Eisers wenden aldus de artikelen 877 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek af van hun doel. Het is immers niet mogelijk bij toepassing van artikel 877 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek te vorderen dat een partij, of rechtstreeks of onrechtstreeks betrokken derden al hun documentatie met betrekking tot bepaalde transacties zou overleggen, in de hoop hierin iets te vinden dat ongunstig is voor de tegenpartij.

De vordering van eisers tot overlegging van stukken wordt slechts op een bepaald aantal punten voldoende geconcretiseerd, met name waar een stuk getiteld 'project diane - Fortis Negotiation Pack - price paid for DIN' bij verweerder, bij AGEAS NV en bij MOR-

GAN STANLEY, een schattingsverslag van MORGAN STANLEY van 3 oktober 2008 bij verweerster, bij AGEAS NV en bij MORGAN STANLEY en een lijst met 640 namen van personen die betrokken waren bij het ontmantelingsdossier van Fortis opgesteld door de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA) die eind 2009 een brief kregen ter zake van de gebeurtenissen tussen 28 september en 3 oktober 2008 en hun toegang tot beursgevoelige informatie bij het CBFA worden gevorderd. Aangezien deze stukken echter geen verband houden met het causaal verband of de schade, kunnen deze feiten de beslissing van de rechtbank over het geschil niet beïnvloeden, zodat de vordering tot overlegging van deze stukken wordt afgewezen als ongegrond.

De stelling van eisers dat het voor hen onmogelijk was om tot een verdere specificering van de gevorderde stukken over te gaan, onder meer wegens een beweerd gebrek aan medewerking van verweerder, kan niet worden bijgetreden. Zo legt verweerder het onderzoeksrapport dat werd bevolen door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam bij beschikking van 24 november 2008 voor. In dit omstandig rapport werden de feiten aangaande de reddingsoperatie van Fortis nauwkeurig en uitgebreid onderzocht, in een procedure waarin uitgebreide medewerking werd verleend door onder meer verweerder, en verschillende van haar organen en uitvoeringsagenten, evenals door het CBFA, de heer Coene etc. Eisers beschikten aldus over de mogelijkheid om hun verzoek tot voorlegging van stukken onder meer aan de hand van dit verslag te specificeren, wat zij echter nalieten.

De verklaring van eisers, onder de tussentitel "discriminatie", dat de rechtbank zo zij dit nodig acht ambtshalve een deskundig onderzoek kan bevelen met betrekking tot de discriminatie of door haar niet nader omschreven technische onduidelijkheden op kosten van verweerster, kan niet als een ernstig bewijsaanbod uitgaande van eisers worden beschouwd.

21. De vordering van eisers als gesteund op artikel 1382 en artikel 1383 van het Burgerlijk Wetboek wordt afgewezen, bij gebrek aan bewijs van een zeker causaal verband.

C. Zeer subsidiair, artikel 16 Grondwet

22. Eisers voeren in uiterst ondergeschikte orde aan dat verweerder bij de transacties met de Nederlandse Staat op of rond 3 oktober 2008 en nadien met BNP op of rond 6 oktober 2008 een rechtstreekse of onrechtstreekse onteigening realiseerde van de activa van Fortis nv/sa en Fortis nv ten nadele van eisers.

Dit standpunt kan niet worden bijgetreden.

Vooreerst moet worden vastgesteld dat eisers aanvoeren tot op heden eigenaars te zijn van hun aandelen, zodat er in hun hoofd geen sprake kan zijn van enige onteigening.

Wat de transacties met de Nederlandse Staat betreft, volstaat het vast te stellen dat de Belgische Staat geen partij was bij de transactie met de Nederlandse Staat, en de Nederlandse Staat geen partij is in de huidige procedure.

Wat de transacties met de Belgische Staat betreft dient de rechtbank vast te stellen dat deze tot stand kwamen in de vorm van een overeenkomst. De Belgische Staat, Fortis Holding en BNP Paribas bereikten vervolgens een principe-akkoord om het protocol-akkoord van 10 oktober 2008 te amenderen. Dit nieuwe akkoord werd aanvaard door de bevoegde raad van bestuur, en vervolgens goedgekeurd door de algemene vergadering. Aangezien de voorwaarden van de acquisitie van de Fortis-activiteiten aldus het voorwerp uitmaakten van een wederkerige overeenkomst met een wederpartij die haar instemming met deze transactie heeft bevestigd, kan van onteigening of quasi-ontteigening, of schending van de gelijkheid van de burger voor de publieke lasten geen sprake zijn.

[...]"

Bijlage: Cass. 23 februari 2012, noot J. Vananroye (geen leerstof)

# RECHTSPRAAK

## HOF VAN CASSATIE

23 februari 2012 - Eerste Kamer

Voorzitter : E. Dirix

Raadsheren : B. Deconinck, A. Smetryns, G. Jocqué en A. Lievens

Advocaat-generaal : C. Vandewal

Advocaten : C. De Baets en J. Verbist

RECHTSPERSOON - SCHADE AAN HET VENNOOTSCHAPSVERMOGEN - GEEN ZELFSTANDIG VORDERINGSRECHT VOOR AANDEELHOUDERS

*De vennootschap is gerechtigd om schadevergoeding te vorderen van een derde door wiens fout het vennootschapsvermogen werd aangetast. Voor deze schade aan het vennootschapsvermogen komt aan de aandeelhouders geen zelfstandig vorderingsrecht toe.*

---

F.L. en T.H. t./ KBC Bank NV

---

[...]

### 1. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

[...]

### 2. CASSATIEMIDDELEN

De eisers voeren in hun verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

### 3. BESLISSING VAN HET HOF

#### Beoordeling

#### *Eerste middel*

##### *Eerste onderdeel*

1. Het is niet tegenstrijdig te oordelen enerzijds dat de vennootschap Flih schade heeft geleden als aandeelhouder door het faillissement van de nv Coulier en anderzijds dat er voor deze schade geen aansprakelijkheidsvordering kan worden ingesteld. Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

##### *Tweede onderdeel*

2. Anders dan waarvan het onderdeel uitgaat, oordelen de appelrechters niet dat de vennootschap Flih waarvan zij aannemen dat deze schade heeft geleden, beschikt over een schuldvordering tot vergoeding van de schade.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

##### *Tweede middel*

##### *Vierde en zesde onderdeel*

3. De vennootschap is gerechtigd om schadevergoeding te vorderen van een derde door wiens fout het vennootschapsvermogen werd aangetast. Voor deze schade aan het vennootschapsvermogen komt aan de aandeelhouders geen zelfstandig vorderingsrecht toe. De onderdelen die van een andere rechtsopvatting uitgaan, falen naar recht.

##### *Eerste, tweede, derde en vijfde onderdeel*

4. Gelet op het antwoord op het vierde en zesde onderdeel, kunnen de onderdelen niet tot cassatie leiden en zijn zij bijgevolg niet ontvankelijk.

## DICTUM

### HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eisers in de kosten.

[...]

## NOOT

### AANDEELHOUDERS HEBBEN GEEN ZELFSTANDIG VORDERINGSRECHT VOOR AFGELEIDE SCHADE

**1. Roma locuta** - De economische waarde van het aandeel in een vennootschap zal de invloed ondergaan van stijgingen of dalingen in het eigen vermogen van de rechtspersoon. Met bovenstaand arrest bevestigt het Hof van Cassatie de klassieke regel dat de aandeelhouder geen aansprakelijkheidsvordering heeft op grond van schade die louter bestaat in de reflectie van schade aan het vennootschapsvermogen op de waarde van zijn aandeel ("afgeleide schade"). De aansprakelijkheidsvordering komt enkel toe aan de vennootschap.

Het Hof maakt daarbij geen onderscheid naargelang het al dan niet reeds vaststaat of de vennootschap zelf een aansprakelijkheidsvordering zal instellen.

Uit de feiten die aan het geschil ten grondslag liggen, kan impliciet worden afgeleid dat het daarbij evenmin relevant is of de vennootschap al dan niet failliet werd verklaard<sup>(1)</sup>.

De regel inzake afgeleide schade geldt in beginsel zowel voor actuele als voor voormalige aandeelhouders van een vennootschap<sup>(2)</sup>.

Praktisch betekent deze regel vooral dat aansprakelijkheidsvorderingen met betrekking tot schade aan het vermogen van de vennootschap onderworpen zijn aan (i) de voorrang van de vennootschapsschuldeisers op de vennootschapsactiva (inclusief aansprakelijkheidsvorderingen), (ii) de bestuursregeling die geldt in de betrokken vennootschap en (iii) bijzondere elementen in de verbintenissenrechtelijke verhouding tussen de vennootschap en de schadeveroorzaker (zoals bv. een dading of een exonatieclausule). Deze elementen kunnen door een aandeelhouder niet worden vermeden door een zelfstandige aansprakelijkheidsvordering, buiten de vennootschap om, in te stellen.

Voor schade die niet louter bestaat in de waardevermindering van aandelen ten gevolge van schade aan het vennootschapsvermogen, hebben aandeelhouders wel een zelfstandig vorderingsrecht<sup>(3)</sup>.

Zoals gezegd bevestigt het Hof met bovenstaand arrest een klassieke regel, die onlangs ook nog in herinnering werd gebracht door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, in een geschil tussen voormalige aandeelhouders van Fortis en de Belgische Staat<sup>(4)</sup>.

Reeds in oudere arresten had het Hof van Cassatie zich in deze zin uitgesproken<sup>(5)</sup>. Toch is dit een opmerkelijke uitspraak omdat de klassieke regel in de recente doctrine zwaar onder vuur kwam te liggen<sup>(6)</sup>. Daardoor is bovenstaande uitspraak een belangrijk principearrest.

Hierna willen we bovenstaand arrest verdedigen vanuit dogmatische (nr. 2) en pragmatische (nr. 3) gronden. Ook willen we kort aanstippen dat deze regel

ook geldt voor vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (nr. 4), een belangrijk aandachtspunt vormt voor de contractuele praktijk (nr. 5) en relevant is bij de waarderingproblematiek bij de geschillenregeling (nr. 6).

**2. Afgeleide schade en de rechtspersoonstechniek** - De rechten en verplichtingen van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten en verplichtingen van die vennootschap zelf.

Dit krijgt vooral betekenis bekeken vanuit de aandeelhouders<sup>(7)</sup>. Titularis van de rechten en verplichtingen van het vermogen zijn niet de aandeelhouders, maar de entiteit zelf als abstract toerekeningspunt. De band tussen het titularis zijn van de bestanddelen van het vermogen en het gerechtigd zijn tot de economische waarde en/of het bestuur van een vermogen, wordt door de rechtspersoonstechniek doorgeknipt. De aandeelhouders in een rechtspersoon hebben geen zakelijke rechten op (de bestanddelen van) het vennootschapsvermogen<sup>(8)</sup>. In de plaats hebben ze lidmaatschapsrechten en patrimoniale rechten.

Dat hét kenmerk van de rechtspersoonstechniek is dat zakenrechtelijk de band tussen deelgenoten en vermogen wordt doorgeknipt, wordt sterk benadrukt door de Duitse doctrine, die hier spreekt van het *Trennungsprinzip*<sup>(9)</sup>. Dit idee zat ook duidelijk in de omschrijving die art. 2 van de Vennootschapswet van 1873 gaf aan rechtspersoonlijkheid: “*une individualité juridique distincte de celle des associés*”.

Het is de rechtspersoon zelf die juridisch geldt als eigenaar, schuldeiser, schuldenaar, eiser of verweerder, ... van de goederen, vorderingen, schulden of rechtsvorderingen van de entiteit met rechtspersoonlijkheid, en niet de personen die schuil gaan achter de rechtspersoon, ook als deze personen het economische voordeel halen uit of feitelijk meesterschap hebben over de rechtspersoon en zijn vermogen. Dit is, op positieve wijze uitgedrukt, de *corporate veil*, de sluier van de rechtspersoonstechniek die voor de aandeelhouders hangt (en die meestal enkel negatieve aandacht krijgt bij pogingen tot doorbraak ervan).

Dat de activa van een vennootschap gelden als de activa van de entiteit zelf, en niet van de aandeelhouder, zelfs niet voor een deel, geldt uiteraard ook voor de aansprakelijkheidsvordering van de vennoot-

1. Voor de feiten die aan het geschil ten grondslag liggen, zie de inleiding bij het gepubliceerde arrest in *RW* 2011-12, 1658.  
2. J. VANANROYE, noot onder Vz. Kh. Tongeren 24 juni 1997, *TRV* 1999, 287.  
3. Bv. Cass. 26 januari 1922, *Pas.* 1922, I, 143.  
4. Rb. Brussel 3 februari 2011, *TRV* 2011, 199.  
5. O.a. Cass. 17 juni 1864, *Pas.* 1865, I, 37 (individuele aandeelhouder kan *actio mandati* niet instellen) en conclusies Ganshof van der Meersch voor Cass. 17 mei 1968, *Pas.* 1968, I, 1082 (vennoot in “onregelmatige V.O.F.” kan niet voor eigen rekening vordering instellen).  
6. In het bijzonder D. DE MAREZ, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap*, proefschrift, KU Leuven, 2004; L. CORNELIS, “Persoonlijk : over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator”, in *Liber amicorum Y. MERCHERS*, Brugge, Die Keure, 61; H. DE WULF, “Direct shareholder suits for damages

based on reflective losses”, in *Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift K. Hopt*, Berlin, De Gruyter, 2010, 1537 e.v.; H. DE WULF, “Aandeelhoudersvorderingen met het oog op schadevergoeding”, in *10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking*, Mechelen, Kluwer, 2011, 475-522. Zie verder de doctrine geciteerd in Rb. Brussel 3 februari 2011, *TRV* 2011, 199 en in de noot van F. PARREIN bij bovenstaand arrest (*RW* 2011-12, 1658-1659).  
7. Zie J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als techniek van vermogensafschieding en vermogensovergang*, proefschrift KU Leuven, 2011, 9 e.v.  
8. J. HEENEN, “Nature des droits de l’associé sur l’actif d’une société commerciale avant et après la dissolution”, *RCJB* 1953, 293, nr. 3.  
9. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* : Band 1, Teil 2 : *Die juristische Person* : 1./2, Springer, Berlin, 1983, 31 e.v.



schap. De regel inzake afgeleide schade is daarmee een gevolg van de rechtspersoonstechniek<sup>(10)</sup>. Het *Trennungsprinzip* van de rechtspersoonstechniek impliceert dat de vordering van de rechtspersoon geen vordering is van de deelgenoten.

De band tussen de rechtspersoonstechniek en de onmogelijkheid om afgeleide schade te vorderen, blijkt zeer mooi uit de bekende *Barcelona Traction*-uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 5 februari 1970 (een bekend arrest in het internationale recht, maar ten onrechte niet bekend genoeg bij vennootschapsjuristen)<sup>(11)</sup>. In dit geschil tussen België en Spanje werd België *ius standi* ontzegd voor handelingen toerekenbaar aan de Spaanse staat, die schade had veroorzaakt aan een vennootschap naar Canadees recht met voornamelijk Belgische aandeelhouders. Ter verantwoording hiervan beroept het Internationaal Gerechtshof zich op de regel inzake afgeleide schade in de nationale rechtstelsels; het zoekt hiervoor de verklaring in de rechtspersoonstechniek in termen die zeer mooi het *Trennungsprinzip* uitdrukken :

*"[41.] Separated from the company by numerous barriers, the shareholder cannot be identified with it. The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholder, each with a distinct set of rights. The separation of property rights as between company and shareholder is an important manifestation of this distinction. So long as the company is in existence the shareholder has no right to the corporate assets. [...]*

*[44.] Notwithstanding the separate corporate personality, a wrong done to the company frequently causes prejudice to its shareholders. But the mere fact that damage is sustained by both company and shareholder does not imply that both are entitled to claim compensation. Thus no legal conclusion can be drawn from the fact that the same event caused damage simultaneously affecting several natural or juristic persons. Creditors do not have any right to claim compensation from a person who, by wronging their debtor, causes them loss. In such cases, no doubt, the interests of the aggrieved are affected, but not their rights. Thus whenever a shareholder's interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed."*

De regel dat aandeelhouders geen vorderingsrecht hebben voor hun afgeleide schade is, zoals hoger aangestipt, betwist in een deel van de hedendaagse

doctrine. De betrokken auteurs stellen daarbij, kort samengevat, dat de regel inzake afgeleide schade een toepassing is van de algemene verbintenisrechtelijke regels inzake schade door weerkaatsing. Deze schade is enkel vergoedbaar op het ogenblik dat deze schade zeker wordt. Hieruit leiden ze af dat indien de afgeleide schade van de aandeelhouders zeker wordt - met name indien de rechtspersoon te kennen geeft geen vergoeding te zullen vorderen - de aandeelhouders een eigen zelfstandig vorderingsrecht krijgen voor hun deel in de vennootschapsschade.

Dit miskent dat aandeelhouders niet zomaar derden zijn *naast* de primaire schadelijder die door weerkaatsing worden getroffen. Zij zijn deelgenoten *in* de primaire schadelijder.

De rechtspersoonstechniek brengt eerst en vooral mee dat de aandeelhouder niet voor eigen rekening over de activa kan beschikken. De aandeelhouder heeft over deze goederen geen bevoegdheid om ze te gebruiken of erover te beschikken, tenzij op grond van de bestuursregeling die geldt voor de betrokken rechtspersoon waarbij hij *voor rekening van* de rechtspersoon zelf kan optreden.

Uit het voorgaande volgt verder ook dat de patrimoniale waarde van het aandeel in een vennootschap als een nettoaandeel in het vermogen van de rechtspersoon dient te worden begrepen. De deelgenoot kan niet zomaar activa aan het vermogen van de rechtspersoon onttrekken : hij is maar gerechtigd tot de waarde van het "eigen vermogen" van de rechtspersoon, dit zijn de activa met aftrek van de passiva (*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*).

Wel heeft de deelgenoot in sommige rechtspersonen een vordering tegen bestuurders voor schade veroorzaakt door deze bestuurder aan de rechtspersoon (de zgn. minderheidsvordering)<sup>(12)</sup>. De aandeelhouder heeft in deze gevallen een vordering voor afgeleide schade. Het betreft hier echter een "afgeleide vordering" (*derivative action*), i.e. een vordering voor rekening van de rechtspersoon, waarbij het provenu aan de vennootschap toekomt. Het bestaan van deze afgeleide vordering bevestigt hiermee net de regel dat de deelgenoot voor afgeleide schade geen eigen, niet-afgeleide, vordering, heeft<sup>(13)</sup>.

**3. Zelfstandig vorderingsrecht als ongewenste "piercing of the corporate veil"** - Deze dogmatische overwegen sluiten naadloos aan op meer pragmatische. Een zelfstandige aansprakelijkheidsvordering van de aandeelhouder voor afgeleide schade zou erop neerkomen dat een aandeelhouder een vennootschapsactief kan "privatiseren" en zo zich gedeeltelijk kan onttrekken aan het nettokarakter van

10. Conclusies Adv.-Gen. MESDACH DE TER KIELE voor Cass. 31 januari 1878, *Pas.* 1878, I, 100; L. FREDERICQ, "L'action dite individuelle en responsabilité dans les sociétés de capitaux", *RPS* 1937; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, 443, nr. 502.

11. Internationaal Gerechtshof, België v. Spanje, 5 februari 1970

(Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, *ICJ Reports* 1970, 3.

12. Zie art. 290 (BVBA), 416 (CVBA) en 562 W.Venn. (NV); zie voor de CVOA : GwH 16 september 2010, *TRV* 2011, 184, noot D. DE MAREZ en S. VERBEKE.

13. Rb. Brussel 3 februari 2011, *TRV* 2011, 199.



zijn aanspraak. Een zelfstandig vorderingsrecht is daarmee een “omgekeerde doorbraak” van de *corporate veil* (dit is in het voordeel van de aandeelhouder), waarbij voor één actiefbestanddeel van de rechtspersoon, nl. een onrechtmatige daadsvordering, van de normale gevolgen van de rechtspersoonstechniek wordt afgeweken.

Om drie redenen is dit ongewenst.

Ten eerste heeft de aandeelhouder door intrede in het vennootschapsverband aanvaard dat voor de goederen van de vennootschap een bijzonder bestuursregime geldt. Mesdach de ter Kiele, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, drukte de situatie van de aandeelhouders reeds in 1878 als volgt uit :

*“[P]ar le fait même de leur entrée dans l’association, ils ont abdiqué une partie de leur liberté, de leur indépendance, pour se ranger sous une loi commune qu’ils se sont librement imposée, de même qu’ils ont mis en commun leur avoir social, dont ils n’ont plus l’administration. S’il y a intérêt commun, l’action, qui le représente et le fait valoir, partage la même destinée”<sup>14</sup>.*

Ten tweede, en doorslaggevender, zijn de belangen van de vennootschapsschuldeisers. De vennootschap dient zich in het rechtsverkeer aan als een afgescheiden vermogen, waarbij de vennootschapsschuldeisers voorrang hebben op de vennootschapsactiva. De tegenhanger hiervan is dat de aandeelhouders een achtergestelde positie hebben; zoals gezegd is hun aanspraak een nettoaanspraak die de aanspraken van de vennootschapsschuldeisers dient te laten voorgaan. Een zelfstandig vorderingsrecht zou erop neerkomen dat een vennootschapsactief aan de schuldeisers wordt onttrokken.

De voorstanders van een zelfstandig vorderingsrecht hebben hiertegen ingebracht dat de vennootschapsschuldeisers geen schade lijden. Immers, luidt hun redenering, een zelfstandig vorderingsrecht ontstaat pas als het zeker is dat de vennootschap zelf niet meer zal vorderen; dus, vervolgen zij, door een zelfstandig vorderingsrecht zullen de vennootschapsschuldeisers concreet geen onderpand verliezen<sup>15</sup>.

Dit argument is van een ontroerende onschuld. De beslissing van de vennootschap om al dan niet zelf te vorderen zou immers uiteraard worden beïnvloed door de mogelijkheid voor de aandeelhouders om daarna al dan niet zelfstandig te vorderen. Het is daarbij frappant dat de meeste rechtspraak over afgeleide schade - het bovenstaande arrest is daarbij geen uitzondering - gaat om een controlerende aandeelhouder die een zelfstandig vorderingsrecht gebruikt

als een sluipweg om aan de samenloop op het niveau van de vennootschap te ontsnappen. De vigerende regel inzake afgeleide schade dwingt de aandeelhouders om de vennootschapsvordering op het niveau van het vennootschapsvermogen af te wikken en daarmee de rechten van de vennootschaps-schuldeisers te respecteren.

De belangen van de schuldeisers wegen zwaarder door dan het argument van het bijzonder bestuursregime voor de vennootschapsactiva. Niemand zal immers beweren dat dit bestuursregime (meerderheidsprincipe, principe van de autonomie van het bestuur) perfect is, zeker niet voor aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders, controlerende aandeelhouders of met hen verbonden personen<sup>16</sup>. Aan de gebreken van het bestuursregime kan echter worden verholpen met volledig respect voor de rechten van de vennootschapsschuldeisers door middel van een afgeleide vordering. Daarbij kunnen minderheidsaandeelhouders zelf vorderen en komt het provenu van de vordering aan de vennootschap - en dus haar schuldeisers - toe.

Los van de belangen van de schuldeisers kan de wetgever door middel van de drempelvoorwaarden en modaliteiten van een afgeleide vordering ook beter dan voor een zelfstandige vordering zoeken naar een evenwicht tussen meerderheid en minderheid, tussen bestuur en aandeelhouders en tussen efficiënt bestuur en controle. Wellicht zal ook niemand beweren dat de huidige Belgische minderheidsvordering het eindpunt is bij deze moeilijke zoektocht<sup>17</sup>.

Ten derde zijn er de belangen van de schadeveroorzaker zelf. De schadeveroorzaker zelf heeft er een rechtmatig belang bij dat excepties en verweermiddelen die hij kan invoeren tegen een vordering van de rechtspersoon als schadelijder (bv. dading, exonatiebedingen, “eigen fout”, verjaring, afstand, ...), niet worden doorbroken door de aandeelhouders die economisch gerechtigd zijn in deze rechtspersoon. Ook hier kan het niet worden toegelaten dat aandeelhouders door een zelfstandig vorderingsrecht zich van de lasten van de rechtspersoon ontdoen indien dit hen beter uitkomt.

**4. Afgeleide schade en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid** - De regel dat een aandeelhouder in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid geen zelfstandig vorderingsrecht heeft voor afgeleide schade, volgt uit de rechtspersoonstechniek (hoger nr. 2). Hieruit mag echter niet, *a contrario*, worden afgeleid dat in vennootschappen *zonder* rechtspersoonlijkheid (maatschap, tijdelijke vennootschap, stille vennootschap) een andere regel geldt.

14. Conclusies voor Cass. 31 januari 1878, *Pas.* 1878, I, 99.

15. K. GRILLET, “Verantwoordelijkheid vennootschap en bestuurders. Schadevergoeding voor individuele aandeelhouders wegens waardevermindering van aandelen”, *N/W* 2007, 158, nr. 69.

16. Zie J. VANANROYE, “Zelfstandige vorderingsrechten van aandeelhou-

ders voor schade aan het vennootschapsvermogen” in *Beginnelen van vennootschapsrecht binationaal bekeken*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 240 e.v.

17. O.a. H. DE WULF, “Aandeelhoudersvorderingen met het oog op schadevergoeding” in *10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking*, 488 e.v.

Het bovenstaand arrest spreekt overigens in het algemeen over vennootschappen, zonder de regel inzake afgeleide schade te beperken tot rechtspersonen.

Afgeleide schade bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, waar het vermogen een onverdeelde boedel tussen de vennoten vormt, hebben we elders uitgewerkt<sup>(18)</sup>. Kort gezegd komt het erop neer dat in de onverdeelde boedel de vennoten gelden als mede-eigenaar van de vennootschapsactiva, maar dat er desondanks ook een verregaande vorm van *Trennung* is tussen de maten en de vennootschapsactiva. Daardoor is het voor vele rechtsvragen nuttiger om de zakenrechtelijke situatie in een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid te analyseren *alsof* een apart rechtssubject de drager is van de goederen (en de vennoten dus geen zakenrechtelijke aanspraak hebben)<sup>(19)</sup>. De *Trennung* tussen vennoot en vennootschapsgoederen gaat bij de onverdeelde boedel echter niet zo ver als bij de rechtspersoonstechniek : de vennootschap wordt niet als zelfstandig rechtssubject beschouwd<sup>(20)</sup>.

Hier willen we ermee volstaan om te wijzen op een paradoxale vaststelling in de doctrine over afgeleide schade.

Enerzijds wordt, zoals gezegd, de regel van de afgeleide schade zowel bij de rechtspersoon als bij de onverdeelde boedel afgeleid uit de *Trennung* tussen vennoten en vennootschapsactiva. Daarbij geldt die *Trennung* veel sterker bij de rechtspersoon dan bij de onverdeelde boedel.

Anderzijds is de afgeleide schade nauwelijks geproblematiseerd bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid of andere onverdeelde boedels. Zelden wordt de vraag gesteld of een individuele maat een eigen aansprakelijkheidsvordering voor schade aan het vermogen van de maatschap kan instellen (en bijna nooit wordt de vraag gesteld voor vorderingen tegen derden, dit zijn anderen dan zaakvoerders of andere maten).

Dit is op het eerste gezicht eigenaardig omdat de *Trennung* tussen vennoot en vennootschapsvermogen bij de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid minder ver gaat dan bij vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Dit zou tot de verwachting kunnen leiden dat afgeleide schade sneller wordt aanvaard bij een onverdeelde boedel dan bij een rechtspersoon.

Dat dit - terecht - niet gebeurt, kan wellicht verklaard worden doordat de boedeltechniek veel meer de zakenrechtelijke kant van vermogensafscheiding in het licht stelt en daarmee ook de daaruit volgende bijzondere verhouding tussen vennoot en vennootschapsvermogen. Bij de rechtspersoonstechniek gaat de *Trennung* tussen vennoot en vennootschapsvermogen zo ver dat de vennootschap als zelfstandig rechtssubject wordt erkend. Hierdoor is de verleiding groot om de vennoot louter te zien als een derde *naast* de vennootschap. Hierdoor worden - ten onrechte - soms de verbintenisrechtelijke regels inzake reflexschade toegepast, zonder de verhouding tussen aandeelhouder en vennootschap door de eerder zakenrechtelijke bril van vermogensafscheiding te bekijken.

Anders gezegd is het paradoxale dit : doordat bij de rechtspersoon het *Trennungsprinzip* veel volmakter vorm krijgt dan bij de boedeltechniek, wordt soms de regel inzake afgeleide schade als een belangrijk gevolg ervan bij de rechtspersoon makkelijker uit het oog verloren.

## 5. Afgeleide schade in de contractuele praktijk -

De regel dat een aandeelhouder geen vordering heeft tot vergoeding van schade die de vennootschap treft, geldt in beginsel ook voor contractuele schade van de vennootschap<sup>(21)</sup>. Wel kan er, expliciet of impliciet, ook contractueel van worden afgeweken.

De regel inzake afgeleide schade brengt een risico met zich mee van kortsluiting tussen contractuele vordering en benadeling in de economische zin. Onder meer bij overeenkomsten tot overdracht van aandelen is dit een essentieel - en vaak verwaarloosd - aandachtspunt<sup>(22)</sup>.

De problematiek wordt geïllustreerd in een arrest uit 2008 van het hof van beroep te Brussel over de schending door de verkoper van een niet-mededingingsverplichting in een overeenkomst tot overdracht van aandelen<sup>(23)</sup>. Het hof was van oordeel (i) dat de clausule geldig was, (ii) dat de clausule geschonden was door de verkoper en (iii) dat deze schending aanzienlijke schade had veroorzaakt op het niveau van de doelwitvennootschap. Deze doelwitvennootschap zelf had hiervoor geen schadevergoedingsclaim : ze was geen partij bij de overdrachtsovereenkomst noch derde-begunstigde. Het hof van beroep te Brussel ging niet zover dat het elke schadevergoedingsclaim in hoofde van de koper-contractant zelf uitsloot omdat het afgeleide schade was. Wel maakte

18. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als technieken van vermogensafscheiding en vermogensovergang*, 174-176, nr. 272-273 en 251, nr. 359.

19. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als technieken van vermogensafscheiding en vermogensovergang*, 212, nr. 326 en 323-326, nr. 450-451.

20. Zie voor het waarom daarvan J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als technieken van vermogensafscheiding en vermogensovergang*, 326-330, nr. 452-457.

21. K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992-98)", *TPR* 2000, 397, nr. 373.

22. Zie wel o.m. K. GEENS "Overname van een onderneming" in *Juridische actualiteit omtrent de KMO*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1995, 12-13; P.-O. MAHIEU, "La réparation du dommage dans les appels à la garantie liés aux cessions d'entreprises" in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 269 e.v.; A. COIBION, "Quelques réflexions sur les garanties conventionnelles en matière de cessions d'actions et sur l'influence de la pratique anglaise", *TBH* 2003, 877; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions*, Brussel, Larcier, 2009, 147, nr. 119, 203, nr. 158 en 426, nr. 322; F. HELLEMANS en M. WAUTERS, "Capital selecta inzake overdracht van aandelen" in "Vennootschaps- en financieel recht" in *Themiscabier*, Brugge, die Keure, 2011, 86, nr. 11.

23. Brussel 17 november 2008, *TRV* 2011, 300, noot B. BELLEN.

het hof de sprong van vennootschapsschade naar contractuele vergoeding van de aandeelhouder slechts zeer moeizaam. Het hof weerhield uiteindelijk slechts een “verlies van een kans” op dividenduitkeringen in hoofde van de koper. De koper kreeg hierdoor een vergoeding die slechts een fractie was van de schade die op het niveau van de vennootschap zelf bewezen werd geacht.

Een andere benadering vinden we in een arrest van het hof van beroep te Gent uit 1995<sup>(24)</sup>. Het hof oordeelde hier in een gelijkaardig geval dat de koper bij een schending van een niet-concurrentiebeding in een overeenkomst tot overdracht van aandelen een eigen vordering heeft tot vergoeding van zijn schade die bestaat in de waardevermindering van zijn aandelen. Dit was des te opmerkelijk omdat een andere rechtbank had geoordeeld dat de niet-concurrentieclausule ten gunste van de doelwitvennootschap was bedongen en een eigen schadevergoeding had toegekend. Omdat het hof uiteindelijk *ex aequo en bono* oordeelde, kan moeilijk worden gecontroleerd hoe de schadevergoeding toegekend aan de aandeelhouders zich verhielt met het nadeel op het niveau van de doelwitvennootschap. Wel wordt de indruk gewekt dat hier veel minder dan in voornoemd Brussels arrest de schade van de aandeelhouder restrictief wordt benaderd.

Elders hebben we dit probleem uitgebreider behandeld en pragmatische oplossingen hiervoor besproken (derdenbeding, expliciete contractuele afwijking van regel inzake afgeleide schade, forfaitair schadebeding)<sup>(25)</sup>.

**6. Afgeleide schade en de prijsbepaling bij de geschillenregeling** - Een ander soms onvermoed aspect is de wisselwerking tussen de regel inzake afgeleide schade en de geschillenregeling (vordering tot uittreding of uitsluiting). De aandeelhouder die in het kader van de geschillenregeling is uitgetreden of uitgesloten, heeft bij toepassing van de regel inzake afgeleide schade immers geen aansprakelijkheidsvordering voor schade aan de vennootschap. Als voormalig aandeelhouder kan hij ook geen beroep meer doen op de minderheidsvordering.

Dit is problematisch in de mate er bij de prijsbepaling bij de geschillenregeling geen rekening werd gehouden met de aansprakelijkheidsvordering die de vennootschap zelf had. In de perfecte wereld zou dit als actiefbestanddeel moeten zijn meegenomen in de prijsbepaling. In de reële wereld is zulke vordering hiervoor echter vaak te onzeker en te betwist.

De inzet van de vraag wordt bv. zeer duidelijk in een vordering tot uittreding, waarbij de gegronde reden erin bestaat dat de verweerder het faillissement van de betrokken vennootschap heeft veroorzaakt. De eisende aandeelhouder kan door de vordering tot uittreding enkel een betekenisvol rechtsherstel krijgen indien de theoretische vordering die de vennootschap heeft, wordt meegenomen in de prijsbepaling voor zijn aandelen.

Vervelend in dit verband is dat het Hof van Cassatie in een arrest van 9 december 2010 inzake een procedure tot uitsluiting in een BVBA het volgende heeft geoordeeld :

“De waarde van de aandelen moet worden geraamd op het tijdstip waarop de rechter de overdracht ervan beveelt, aangezien het recht op betaling van de prijs van de aandelen ontstaat op het tijdstip van de eigendomsoverdracht ervan.

Die raming moet gebeuren met het oog op continuïteit. Daarbij mag geen rekening worden gehouden met de invloed van het gedrag van de partijen op de toestand die tot het instellen van de vordering heeft geleid en op de daaropvolgende heropleving van de vennootschap”<sup>(26)</sup>.

We kunnen dit arrest volgen waar het stelt dat de eisende aandeelhouder recht heeft op de waarde op het ogenblik van de eigendomsovergang van de betrokken aandelen<sup>(27)</sup>.

De eisende aandeelhouder heeft er echter ook recht op dat de bepaling van de prijs rekening houdt met de latente actiefbestanddelen in de vennootschap, zoals eventuele aansprakelijkheidsvorderingen van de vennootschap op de verwerende aandeelhouder of anderen<sup>(28)</sup>.

Een historische peildatum, meer bepaalde een peildatum die aan een beweerd schadeveroorzakend handelen voorafgaat, kan daarbij een truc zijn (naast en met andere) om een actuele waarde te bepalen die rekening houdt met zulke eventuele aansprakelijkheidsvorderingen<sup>(29)</sup>. Een actuele aansprakelijkheidsvordering die gegrond wordt verklaard, zou immers de vennootschap in de *status quo* van vóór het schadeveroorzakend handelen moeten herstellen. In de veronderstelling dat alle andere omstandigheden hetzelfde zijn gebleven, geeft de *historische* peildatum daarom een beeld van de *actuele* waarde, inclusief het provenu van een aansprakelijkheidsvordering indien zij zou zijn ingesteld, gegrond verklaard en verhaald.

24. Gent 23 juni 1995, *TRV* 1996, 642, noot.

25. Zie J. VANANROYE, “Strictly personal, not business : contractuele schade in de vennootschapsfeer” in *Liber amicorum Luc Weyts*, Brussel, Larcier, 2011, 629-634.

26. Cass. 9 december 2010, *JT* 2011, 886, *JLMB* 2011, afl. 34, 1656, noot R. AYDOGDU, *JDSC* 2011, 239, noot A. COIBION en E. POTTIER, *TBH* 2011, samenvatting D. HAEX.

27. J. VANANROYE, “De vordering tot uittreding of uitsluiting na de ontbinding of het faillissement van de vennootschap”, *TRV* 2007, 296, nr. 2.

28. J. VANANROYE, “De vordering tot uittreding of uitsluiting na de ontbinding of het faillissement van de vennootschap”, *TRV* 2007, 298 en de verwijzingen in voetnoot 12.

29. J. VANANROYE, “De vordering tot uittreding of uitsluiting na de ontbinding of het faillissement van de vennootschap”, *TRV* 2007, 297-300, nr. 2.

Het is dan ook jammer dat het cassatiearrest van 9 december 2010 deze, in de praktijk van de geschillenregeling vaak gebruikte, techniek van de historische peildatum lijkt af te vallen. Dit rijpt des te meer in het licht van het geannoteerde arrest, nu het ver van evident is dat de voormalige aandeelhouder een zelfstandig vorderingsrecht tot vergoeding van schade als alternatief voorhanden heeft.

Mogelijke alternatieve oplossingen voor de beknelde aandeelhouder zijn : (i) een schadevergoedingsvordering tegen de schadeveroorzaker bij wijze van uitzondering op de regel voor afgeleide schade in het geannoteerd arrest, (ii) een schadevergoedingsvordering tegen de bestuurders van de vennootschap omdat ze niet hebben meegewerkt aan een correcte prijsbepaling of (iii) een schadevergoedingsvordering of vordering op grond van verrijking zonder oorzaak tegen de partij die aandelen aan een per hypothese te goedkope prijs heeft verworven. De mogelijke merites hiervan zijn echter zeer onzeker<sup>30)</sup>.

**7. Causa finita ?** - Met het bovenstaand arrest van 23 februari 2012 neemt het Hof van Cassatie kort maar krachtig stelling in een levendig debat in de recente rechtsleer. Op dogmatische (hoger nr. 2) en pragmatische (hoger nr. 3) gronden kan dit arrest gevolgd worden. Voor afgeleide schade kan een aandeelhouder geen schadevergoedingsaanspraak instellen omdat tussen de eisende aandeelhouder en de schadeveroorzaker het afgescheiden vennootschapsvermogen staat<sup>31)</sup>. Deze vermogensafscheiding kan vorm krijgen in de technieken van de rechtspersoon of de onverdeelde boedel bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (hoger. nr. 4).

Hopelijk is dit voor de doctrine een signaal om de regel inzake afgeleide schade niet langer als principe in vraag te stellen, maar te focussen op de volgende vragen van groot praktisch belang : (i) hoe dient in de praktijk afgeleide schade en bijzondere aandeelhoudersschade te worden afgelijnd ? (ii) hoe kan de minderheidsvordering als afgeleide vordering worden verbeterd zodat het een nuttig instrument wordt ?; (iii) wat betekent afgeleide schade in de praktijk van contracten met en met betrekking tot vennootschappen (hoger nr. 5) ? en (iv) welke oplossingen zijn er voor een aandeelhouder die in het kader van een gedwongen uittreding of uitsluiting riskeert een prijs te krijgen die geen rekening houdt met een onzekere aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap, in het bijzonder tegen de verwerende aandeelhouder of met hem verbonden personen (hoger nr. 6) ?

*Joeri Vananroye*

30. J. VANANROYE, "De vordering tot uittreding of uitsluiting na de ontbinding of het faillissement van de vennootschap", *TRV* 2007, 301-302, nr. 4.

31. Formulering geïnspireerd op P. VAN SCHILFGAARDE, geciteerd in M. KROEZE, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, proefschrift Utrecht, Deventer, Kluwer, 2004, 57.

## RECHTBANK TE UTRECHT

15 februari 2012

Rechters : R.A. Steenbergen, A.A.T. van Rens en J.P.H. van Driel van Wageningen

Advocaten : H.J. Bos, J.M. van Noort, W.W. de Nijs Bik, P.D. Olden en H.J. de Kluiver

1. WET FINANCIËEL TOEZICHT - ART. 5:58, EERSTE LID, AANHEF EN SUB D) - ONJUISTE EN MISLEIDENDE INFORMATIE OVER SOLVABILITEITSPOSITIE - ONRECHTMATIG

2. BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID - ART. 2:9 BW - PERSOONLIJK EN ERNSTIG VERWIJLT - TOETSINGSKADER - FORMELE EN FEITELIJKE TAAKVERDELING - ONDERSCHIED UITVOERENDE EN NIET-UITVOERENDE BESTUURDERS

3. SCHADE - WAARDEVERLIES AANDELEN - CAUSALITEIT

*1. De door een vennootschap gedane mededelingen zijn in strijd met artikel 5:58, eerste lid, aanhef en sub d) (oud) van de Wet Financieel Toezicht wanneer zij onjuiste en misleidende informatie bevatten met betrekking tot de solvabiliteitspositie van de vennootschap die het aanbod van, de vraag naar en de koers van de aandelen kunnen beïnvloeden.*

*2. Om vast te stellen of de bestuurders een persoonlijk ernstig verwijt te maken valt, dient de formele en feitelijke taakverdeling als toetsingskader te worden gebruikt. Er is veel minder snel sprake van een persoonlijk ernstig verwijt wanneer het gaat om een niet-uitvoerende bestuurder, wiens taak in hoofdzaak bestaat uit het toezicht houden op de vennootschap, dan wanneer het gaat om een uitvoerende bestuurder, wiens taak in hoofdzaak de beleidsvorming betreft.*

*3. De schade die de beleggers hebben geleden ingevolge de onjuiste en misleidende mededelingen is het waardeverlies op hun aandelen, dat aanzienlijk minder zou zijn geweest indien de werkelijke financiële toestand van de vennootschap bekend zou zijn geweest, omdat zij hun aandelen tijdig zouden hebben verkocht en/of nieuwe aandelen niet zouden hebben gekocht en/of tegen een lagere koers zouden hebben aangekocht.*

---

Kortekaas e.a. t./ Ageas NV, e.a.

---

[...]

## 2. DE FEITEN

2.1. Dit feitenrelaas is vastgesteld op basis van de door partijen aangeleverde stukken. Voor zover relevant zal in het vonnis steeds worden verwezen naar





(21)

**k./ Een verandering in het deelgenotenbestand impliceert geen overgang van het vermogen van de rechtspersoon.** Het aanknopingspunt voor vermogensrechtelijke verhoudingen (bv. overeenkomsten) is de abstracte rechtspersoon. Een veranderingen in het deelgenotenbestand (bv. overdracht van alle of enkele aandelen in een vennootschap) impliceert hiermee geen overgang van activa of passiva van de rechtspersoon. Dit heeft onder meer de volgende gevolgen:

- Een overdracht van de aanspraak van deelgenoot op vermogen van de rechtspersoon gebeurt *ut universi* door de overdracht van het aandeel in de rechtspersoon (indien in de betrokken rechtspersoon een overdracht mogelijk is). Er dient geen overdracht te gebeuren van (aandelen in) individuele bestanddelen van het vermogen van de rechtspersoon.
- Er is in beginsel een continuïteit van de vermogensrechtelijke verhoudingen van de rechtspersoon ondanks een wisseling in de deelgenoten (bv. geen noodzaak van contractoverdrachten, overdracht van licenties etc.).
- Een overeenkomst die *intuitu personae* is in hoofde van de rechtspersoon, is in principe niet verbreekbaar louter omwille van de wijziging van deelgenoten in de rechtspersoon. (Om deze reden wordt contractueel of reglementair net vaak een zgn. *change in control*-clausule als alternatief mechanisme voorzien).
- De nieuwe deelgenoot die de aandelen verkrijgt "ondergaat" in zijn aandeel ook de passiva van vóór zijn intrede, niet doordat hij hiervoor aansprakelijk is – de niet-aansprakelijkheid speelt hier uiteraard nog altijd – wel omdat die passiva de netto-waarde van zijn aandelen meebepalen.

Hiermee is de overdracht van aandelen in een rechtspersoon veel makkelijker dan de overdracht van een onderneming, die een overdracht van activa en een overname van passiva van die onderneming impliceert:

- Een overdracht van de onderneming gebeurt voor elk van de individuele bestanddelen ervan *ut singuli* met inachtnaam van de grond- en vormvoorwaarden voor die overdrachten.
- De overdracht zorgt voor een discontinuïteit in de vermogensrechtelijke verhoudingen van de ondernemingen (bv. noodzaak van contractoverdrachten.).
- Die discontinuïteit maakt dat overdraagbaarheidsbeperkingen voor een bestanddeel de overgang van dat bestanddeel kunnen verhinderen (bv. een overeenkomst die bv. *intuitu personae* is in hoofde van de eigenaar van de onderneming).
- Doordat de overdracht *ut singuli* gebeurt kunnen de partijen ook kiezen welke activa en passiva overgaan. Klassiek daarbij is dat een overnemer bedingt dat hij niet aansprakelijk is voor passiva van de onderneming die dateren van vóór zijn overname.

(22)

**l./ Rechtspersoon heeft *ius standi*.** De entiteit met rechtspersoonlijkheid als dusdanig heeft hoedanigheid om in rechte op te treden.

De rechtspersoon kan in beginsel enkel voor zijn eigen belang optreden ("datgene wat het bestaan van de rechtspersoon, zijn vermogensrechtelijke goederen en zijn morele rechten raakt"). Behoudens bij vertegenwoordiging (bv. op grond van volmachtverlening in de statuten) of in geval van een wettelijke uitzondering (bv. art. 10 Wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen), kan een rechtspersoon niet optreden voor het belang van zijn deelgenoten.

Omgekeerd kan een deelgenoot in principe niet optreden voor het belang van de rechtspersoon. Wel zijn er, naar gelang de op de betrokken rechtspersoon toepasselijke regels, een hele reeks vorderingen waarbij de deelgenoot kan ingrijpen in het bestuur van de vennootschap. De deelgenoot kan echter niet een vordering van de vennootschap zelf uitoefenen. De hoger in nr. (19) vermelde uitzondering hierop van de afgeleide vordering (minderheidsvordering) bevestigt die regel, omdat deze vordering net voor rekening van de vennootschap wordt ingesteld.

Alhoewel de rechtspersoon noodzakelijk via een vertegenwoordiger moet werken, is het de rechtspersoon zelf die procespartij is en niet die vertegenwoordiger of de deelgenoten. Het procesrechtelijk voor- of nadeel (bv. gezag van gewijsde) van een vonnis geldt voor de rechtspersoon en niet voor de vertegenwoordiger of de deelgenoten.

Een onderneming daarentegen kan als dusdanig niet in rechte optreden. M.b.t. het belang van de onderneming heeft enkel de eigenaar *ius standi*. Het is de eigenaar die procespartij is. Het procesrechtelijk voor- of nadeel van een vonnis geldt voor de eigenaar persoonlijk.

- (23) **Recapitulatie** – De onderstaande tabel recapituleert het voorgaande, bekeken vanuit de vergelijking van de positie van de eigenaar bij een onderneming en de vennoot bij een vennootschap met (volkomen) rechtspersoonlijkheid.

	<b>onderneming (éénmans-zaak)</b>	<b>rechtspersoon</b>
<b>a. aansprakelijkheid</b>	eigenaar onbeperkt aansprakelijk	vennoot niet aansprakelijk
<b>b. verhouding met gerechtigde</b>	geen rechtsverhoudingen mogelijk tussen onderneming en eigenaar	rechtsverhoudingen mogelijk tussen rechtspersoon en vennoot
<b>c. toerekening</b>	ondernemingshandelen toegerekend aan eigenaar (bv. wordt koopman bij commerciële activiteit)	handelen van rechtspersoon wordt niet toegerekend aan vennoten (bv. geen koopman bij commerciële activiteit)
<b>d. zaakcrediteuren</b>	zaakcrediteuren geen bevoorrechte positie t.a.v. activa van de onderneming   samenloop met persoonlijke crediteuren van eigenaar	zaakcrediteuren als enigen verhaal op activa van rechtspersoon   geen samenloop met persoonlijke crediteuren van vennoten
<b>e. beschikken over activa</b>	eigenaar kan vrij beschikken	niet beschikken voor eigen rekening (enkel voor rekening van rechtspersoon – in eigen belang van rechtspersoon)
<b>f. aard van aanspraak op activa</b>	bruto-aanspraak (geen afgescheiden vermogen)	netto-aanspraak (afgescheiden vermogen)
<b>g. vereffening</b>	geen vereffeningprocedure	vereffeningprocedure die recht doet aan rechten schuldeisers (samenloop)
<b>h. aard van recht</b>	roerend of onroerend, naargelang betrokken bestanddeel	aandeel roerend, ook als de rechtspersoon onroerende goederen heeft
<b>i. overlijden</b>	activa en passiva maken deel uit van nalatenschap eigenaar	enkel aandeel maakt deel uit van nalatenschap vennoot

j. afgeleide schade	eigenaar heeft aanspraak voor schade aan onderneming	Vennoot heeft geen aanspraak voor schade aan rechtspersoon
k. overdracht van aanspraak	<i>ut singuli</i> met discontinuïteit (overdracht activa en overname passiva)	<i>ut universi</i> met continuïteit (overdracht van aandeel)
l. ius standi	onderneming geen ius standi   enkel eigenaar	(enkel) rechtspersoon ius standi   enkel voor eigen belangen

### 3. Volkomen rechtspersonen, vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid en onvolkomen rechtspersonen (*pro memorie*)

**Bibliografie.** Zie, naast de hoger genoemde werken, K. Geens en J. Vananroye, “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen”, in *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999. Zie recent de discussie omtrent het begrip “onvolkomen rechtspersoonlijkheid” in de vele besprekingen van het cassatie-arrest van 19 december 2008 dat bevestigde dat met faillietverklaring van een V.O.F. of Comm. V ook inhoudt dat met gezag van gewijsde vaststaat dat de werkende vennoten zich in staat van faillissement bevinden, o.m.: V. Simonart in *RPS*. 2009, afl. 4, 491, J. Vananroye in *RW* 2008-09, 1428; M. Coipel in *TBH* 2009, afl. 9, 938 en H. Dewulf in *TRV* 2009, 456.

- (24) **Rechtspersoonsskenmerken van vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid.** De – in de rechtsleer meer betwiste – techniek van de onverdeelde boedel die wordt gebruikt in de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (maatschap, tijdelijke vennootschap, stille vennootschap) en de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid (zgn. “feitelijke” vereniging) is in veel opzichten het functionele equivalent van de rechtspersoonstechniek.

Toegesplitst op het vennootschapsrecht: de maatschap, als onderneming met twee of meer eigenaars, lijkt in vele opzichten veel meer op de volkomen rechtspersoon dan op de onderneming met één eigenaar:

- 1./ Er zijn rechtsverhoudingen mogelijk tussen de onverdeelde boedel en een deelgenoot (. De maat kan schuldeiser of schuldenaar zijn van de maatschap, zonder dat een gedeelte van de schuld door schuldvermenging uitdooft. Een maat kan in rechte tegen de maatschap of er door worden gedaagd.
- 2./ De maatschapsschuldeisers hebben als enigen verhaal op de onverdeelde maatschapsgoederen, wat betekent dat ze een preferente aanspraak hebben t.a.v. de louter persoonlijke schuldeisers van de maten.
- 3./ De maten kunnen niet voor eigen rekening beschikken over de onverdeelde activa van de maatschap. Zij kunnen dit enkel doen voor rekening van de maatschap, overeenkomstig de bestuurs- en vertegenwoordigingsregeling die geldt in de maatschap. Dat betekent dat hun bevoegdheid functioneel in het maatschapsbelang moet worden uitgeoefend, waarbij dit belang niet louter samenvalt met dat van de gezamenlijke maten, maar ook wordt gekleurd door de preferente aanspraak van de maatschapsschuldeisers.
- 4./ De maten hebben een netto-aanspraak, d.w.z. dat hun gerechtigdheid tot de goederen afhankelijk is van de uitkomst van de vereffening en het preferente verhaalsrecht van de maatschapsschuldeisers. Die netto-aanspraak, is net zoals de onmogelijkheid om voor eigen rekening over de onverdeelde goederen te beschikken, tegenwerpelijk aan de

persoonlijke schuldeisers van de maten, ook bij faillissement zoals het Socol-arrest leert (Cass. 28 februari 1985, RW 1985-86, 997, noot E. Dirix, JT 1986, noot F. 't Kint, RCJB 1987, 571, noot A. Meinertzhagen-Limpens).



- 5./ Het netto-karakter van hun aanspraak maakt dat niet de onverdeelde goederen van de maten in hun nalatenschap vallen, maar hun onlichamelijke aandeel in de maatschap. Evenmin hebben de maten een eigen aanspraak voor schade die de boedel treft, ook al heeft dit invloed op de waarde van hun aandeel in de maatschap.
- 6./ Door de overdracht van een aandeel in de maatschap volgt de verkrijger de overdrager op onder algemene titel. De maten kunnen hun zakelijke gerechtigdheid tot de onverdeelde goederen hierdoor *ut universi* overdragen, met in principe net zoals bij de aandelenoverdracht in een rechtspersoon een continuïteit van de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de maatschap en derden. Een uitzondering hierop – en dit zal cruciaal blijken – betreffen de publiciteit bij onverdeelde registergoederen (bv. noodzaak van overschrijving van overdracht aandeel in onroerend goed).
- 7./ Enkel de maatschap heeft *ius standi* met betrekking tot maatschapsvorderingen. Evenmin als een rechtspersoon kan een onverdeelde boedel in beginsel optreden voor de belangen van de deelgenoten, als het niet eigen gemeenschappelijke vermogensrechtelijke of morele belangen betreft.

(25) **Trennungsprinzip: onverdeelde boedel en rechtspersoon.** De kern van de rechtspersoonstechniek hebben we gezocht in het *Trennungsprinzip / corporate veil* (nr. (3)). De band tussen enerzijds het titularis zijn van de bestanddelen van het vermogen en anderzijds het gerechtigd zijn tot de economische waarde en/of het bestuur van een vermogen wordt door de rechtspersoonstechniek doorgeknipt.

Het gevolg van de rechtspersoonsteekmerken van de boedeltechniek, is dat ook in de onverdeelde boedel er in verregaande mate een scheiding is tussen de deelgenoten en de boedelgoederen. De deelgenoten hebben wel een zakelijk recht op elk van de boedelgoederen, maar het lijkt in weinig op een zeker en actueel zakelijk recht. Het is slechts een *droit indéterminé*, een netto-aanspraak, die onderworpen is aan het alea van de vereffening en het verhaalsrecht van de boedelschuldeisers. Het mooist wordt dit geïllustreerd in de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, waar dit zakelijk recht zelfs geen economische



inhoud heeft, en dus louter titulair is. Fundamenteel geldt dit echter in elke onverdeelde boedel.

De *Trennung* tussen de activa en passiva van de entiteit en die van de deelgenoten wordt in de onverdeelde boedel echter niet even consequent doorgetrokken als bij de rechtspersoon. Hiermee raken we de kern van het onderscheid tussen beide technieken: de sluier van de boedeltechniek is net iets meer doorschijnend dan die van de rechtspersoonstechniek:

1./ Verbintenisrechtelijk is er een toerekening van het handelen namens de onverdeelde boedel aan ook elk van de (openlijke) deelgenoten:

- Dit heeft vooral belang voor de vennootschapsschulden: die zijn meteen ook schulden van elk van de deelgenoten (hoofdelijk dan wel voor een gelijk deel naar gelang de boedel al dan niet commercieel is). De niet-aansprakelijkheid van de deelgenoten in een rechtspersoon (nr. (6)) geldt niet in de onverdeelde boedel.
- Het betekent ook dat de handelsdaden die namens een onverdeelde boedel worden gesteld, ook aan elk van de (openlijke) deelgenoten worden toegerekend (vgl. met nr. (10)). De werkende (lees: openbare) maten in een commerciële maatschap zijn automatisch handelaar, zelfs al werken ze niet (lees: stellen ze zelf geen handelsdaden).
- Ook proceshandelingen namens de onverdeelde boedel gesteld, worden ook aan elk van de deelgenoten toegerekend. Het procesrechtelijke voor- of nadeel van een vonnis lastens de boedel, geldt daarom ook lastens elke van de deelgenoten.

2./ Zakenrechtelijk mogen ze dan wel geen zekere en actuele zakenrechtelijke aanspraak hebben t.a.v. de boedelgoederen, elk van de deelgenoten (en dus niet de boedel zelf) geldt wel als mede-eigenaar van elk van de boedelgoederen.

De reden waarom de boedeltechniek zakenrechtelijk slingert tussen entiteit en deelgenoten behandelen we hierna in nr. (26).

(26) **Persoonsgebonden identificatie in het rechtsverkeer.** De ratio van de onverdeelde boedel als figuur die zich onderscheidt van de rechtspersoon, is even prozaïsch als van praktisch groot belang: de identificatie in het rechtsverkeer, en in het bijzonder bij naamsgebonden publiciteitssystemen voor registergoederen zoals het regime voor onroerende goederen.

Bij een naamsgebonden publiciteitssysteem botst de onverdeelde boedel op zijn grenzen. De onverdeelde boedel is immers niet onderworpen aan een formeel regime inzake oprichting en openbaarmaking, zoals dat wel geldt voor rechtspersonen (zie bv. art. 66 e.v. W.Venn; art. 3 VZW-Wet). De onverdeelde boedel is daarmee een *persona incerta*: de identificatie onder de groeperingsnaam is voor sommige rechtsverhoudingen te vluchtig, zodat de identificatie kan gebeuren door de identificatie van elk van de deelgenoten individueel. Daarom, en enkel daarom, is de onverdeelde boedel zelf geen rechtssubject en staan zijn rechten en verplichten *ten naam van* de deelgenoten. Door de afwezigheid van een zeker publiciteitsregime kan de *Trennung* tussen entiteit en deelgenoten niet consequent worden doorgetrokken en blijven de deelgenoten gelden als mede-eigenaars van de boedelgoederen, al is die zakelijke gerechtigheid inhoudelijk louter nominaal.

Dit verklaart waarom het zakenrecht slingert tussen de individuele en collectieve benadering van het de onverdeelde boedel. Collectief, omdat de boedel zelf het eerst aanknopingspunt voor de rechten en verplichtingen van de gezamenlijke deelgenoten, wier rech-

ten slechts afhankelijk zijn van de vereffening van deze boedel. Individueel, omdat deze boedel bij persoonsgebonden publiciteitsmechanismen niet door een collectieve naam kan worden geïdentificeerd en bijgevolg de deelgenoten individueel geregistreerd moeten staan als aanknopingspunt.

- (27) **De onvolkomen rechtspersoon: “onverdeelde boedel met publiciteit”.** Het voorgaande laat doe om de onvolkomen rechtspersoon (V.O.F. en Comm.V.) te plaatsen. (Eenvoudigheidshalve hebben we het hierna enkel over de V.O.F.).

Indien de V.O.F. optreedt, het is alsof de gezamenlijke vennoten zelf handelen (J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, I, 288, nr. 407). De vertegenwoordiger van de V.O.F. vertegenwoordigt meteen ook de vennoten zelf. De vennoot is zelf schuldenaar van een vennootschapsschuld; zijn gehoudenheid is niet die van een borg. Net zoals in de maatschap.

De handelsdaden van de vennootschap worden daarom, net zoals in de maatschap, aan de vennoten toegerekend. Dit verklaart de klassiek regel dat de vennoten handelaar zijn, louter door hun hoedanigheid van vennoot in een V.O.F. met een commercieel doel (Cass. 15 december 1938, *Pas.* 1938, 383, *J.Comm.Br.* 1939, 153, noot R. Piret; *BJ* 1939, 85, noot L.S.).

De toerekening van een handeling aan de V.O.F. is meteen ook een toerekening aan de vennoten. Net hierom wordt een V.O.F. een onvolkomen rechtspersoon genoemd. Het optreden van de V.O.F. is in de eerste plaats het optreden van de gezamenlijke vennoten. In dit opzicht leunt de V.O.F. zeer sterk aan bij de maatschap, een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid waar de V.O.F. sterker op lijkt dan op de zgn. volkomen rechtspersonen. In de V.O.F. is de vennootschap zelf de drager van de rechten en verplichtingen, maar worden deze net als in de maatschap meteen ook aan de vennoten zelf toegerekend. In de maatschap zijn de gezamenlijke vennoten de drager van de rechten en verplichtingen, maar net als in de V.O.F. is er een afgescheiden vermogen waardoor de vennoten niet in eigen naam over de vennootschapsgoederen (of hun aandeel daarin) kunnen beschikken.

De onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten volgt hieruit: de verbintenissen van de V.O.F. zijn altijd ook de verbintenissen van elk der vennoten.

- (28) **Onderscheid tussen V.O.F. en maatschap.** Het wezenlijke verschil tussen de V.O.F. en de maatschap dat de V.O.F. gebruik kan, en moet, maken van het vennootschapsrechtelijk publiciteitssysteem van neerlegging ter griffie en publicatie in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsbad.

Hierdoor is de V.O.F. een zeker toerekeningspunt voor rechten en verplichtingen, zonder dat er naar de gezamenlijke vennoten dient te worden verwezen. Om deze reden kan de drager van de rechten en verplichtingen van de vennootschap een apart rechtssubject zijn en niet louter de gezamenlijke vennoten. Hierdoor is er bij de V.O.F. op zakenrechtelijk vlak wel de band doorgeknipt tussen de vennootschapsgoederen en de vennoten.

- (29) **Doelmatigheid van het begrip “onvolkomen rechtspersoon”.** Traditioneel worden de V.O.F. en de Comm.V. door de Belgische rechtsleer als onvolkomen rechtspersonen aangeduid (J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 204-207). Zij worden hiermee onderscheid van de vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid, die zich onder meer kenmerken door een beperkte aansprakelijkheid.

De rechtspersoonlijk bij de V.O.F. en Comm. V brengt weinig meer tot uitdrukking dan dat deze vennootschap onderworpen zijn aan het openbaarmakingsregime voor rechtsperso-

nen; verder gelijken ze meer op de maatschap dan op de volkomen rechtspersoon (met dien verstande dat de maatschap zelf meer op de volkomen rechtspersoon lijkt dan traditioneel werd aangenomen). Het begrip onvolkomen rechtspersoonlijkheid stelt in het licht dat de normale consequenties die volgen uit de aparte rechtssubjectiviteit van de vennootschap voor de V.O.F. en Comm. V. niet worden getrokken.

- (30) **Breuklijnen in het ondernemingsrecht.** Het begrip onvolkomen rechtspersoonlijkheid verdient o.i. dan ook een blijvende plaats in de Belgische terminologie omdat het in het licht stelt dat de *summa divisio* van het vennootschapsrecht niet loopt tussen vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, maar tussen de onderneming gedragen door één persoon en vennootschappen.

Ook binnen de vennootschappen zelf ligt de belangrijkste breuklijn niet tussen rechtspersonen en niet-rechtspersonen, maar tussen enerzijds onverdeelde boedels en onvolkomen rechtspersonen en anderzijds volkomen rechtspersonen:

onderneming	Maatschap	V.O.F.	volkomen rechtspersoon
eigenaar onbepaald aansprakelijk	vennoot onbepaald aansprakelijk	vennoot onbepaald aansprakelijk	vennoot niet aansprakelijk
geen rechtsverhoudingen mogelijk tussen onderneming en eigenaar	rechtsverhoudingen mogelijk tussen boedel en vennoot	rechtsverhoudingen mogelijk tussen rechtspersoon en vennoot	rechtsverhoudingen mogelijk tussen rechtspersoon en vennoot
ondernemingshandelen toegerekend aan eigenaar (bv. wordt koopman bij commerciële activiteit)	ondernemingshandelen toegerekend aan vennoten (bv. worden koopman bij commerciële activiteit)	ondernemingshandelen toegerekend aan vennoten (bv. worden koopman bij commerciële activiteit)	handelen van rechtspersoon wordt niet toegerekend aan vennoten (bv. geen koopman bij commerciële activiteit)
zaakcrediteuren geen bevoorrechte positie t.a.v. activa van de onderneming   samenloop met persoonlijke crediteuren van eigenaar	zaakcrediteuren als enigen verhaal op activa van boedel   geen samenloop met persoonlijke crediteuren van vennoten	zaakcrediteuren als enigen verhaal op activa van rechtspersoon   geen samenloop met persoonlijke crediteuren van vennoten	zaakcrediteuren als enigen verhaal op activa van rechtspersoon   geen samenloop met persoonlijke crediteuren van vennoten
eigenaar kan vrij beschikken over ondernemingsactiva	vennoot kan niet beschikken voor eigen rekening over ondernemingsactiva (enkel voor rekening van en in eigen belang van boedel)	vennoot kan niet beschikken voor eigen rekening over ondernemingsactiva (enkel voor rekening van en in eigen belang van rechtspersoon)	vennoot kan niet beschikken voor eigen rekening over ondernemingsactiva (enkel voor rekening van en in eigen belang van rechtspersoon)
eigenaar heeft bruto-aanspraak (geen afgescheiden vermogen)	vennoot heeft netto-aanspraak (afgescheiden vermogen)	vennoot heeft netto-aanspraak (afgescheiden vermogen)	vennoot heeft netto-aanspraak (afgescheiden vermogen)
geen vereffeningsprocedure	vereffeningsprocedure die recht doet aan rechten schuldeisers (volgens ons: samenloop)	vereffeningsprocedure die recht doet aan rechten schuldeisers (samenloop)	vereffeningsprocedure die recht doet aan rechten schuldeisers (samenloop)

	loop)		
eigenaar heeft roerend of onroerend recht, naargelang betrokken bestanddeel	aandeel is roerend of onroerend, naargelang betrokken bestanddeel	aandeel is roerend, ook als de rechtspersoon onroerende goederen heeft	aandeel is roerend, ook als de rechtspersoon onroerende goederen heeft
activa en passiva maken deel uit van nalatenschap eigenaar	enkel aandeel maakt deel uit van nalatenschap vennoot	enkel aandeel maakt deel uit van nalatenschap vennoot	enkel aandeel maakt deel uit van nalatenschap vennoot
eigenaar heeft eigen aanspraak voor schade aan onderneming	vennoot heeft geen eigen aanspraak voor schade aan onverdeelde boedel	vennoot heeft geen eigen aanspraak voor schade aan rechtspersoon	vennoot heeft geen eigen aanspraak voor schade aan rechtspersoon
overdracht gerechtigdheid in beginsel <i>ut singuli</i> met discontinuïteit (overdracht activa en overname passiva)	overdracht van aandeel <i>ut universi</i> met continuïteit (overdracht van aandeel als overgang onder algemene titel)	overdracht van aandeel <i>ut universi</i> met continuïteit (overdracht van aandeel)	overdracht van aandeel <i>ut universi</i> met continuïteit (overdracht van aandeel)
onderneming geen <i>ius standi</i>   enkel eigenaar	(enkel) boedel <i>ius standi</i> voor vennootschapsvordering   enkel voor eigen belangen	(enkel) rechtspersoon <i>ius standi</i> voor vennootschapsvordering   enkel voor eigen belangen	(enkel) rechtspersoon <i>ius standi</i> vennootschapsvordering   enkel voor eigen belangen

- (31) **Comm. VA en CVOA (p.m.).** De onbeperkte aansprakelijkheid van de vennoten is een noodzakelijk gevolg van de onvolkomen rechtspersoonlijkheid (zie nr. (27)); het omgekeerde is echter niet noodzakelijk het geval.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de toerekening van de handelsdaden en de proceshandelingen gesteld namens de vennootschap aan de onbeperkt aansprakelijke vennoten, geldt enkel voor de V.O.F. en de werkend vennoten in een Comm.V.

In de Comm. VA en de CVOA hoeft de onbeperkte aansprakelijkheid van de (werkende) vennoten daarom niet te impliceren dat deze vennootschappen onvolkomen rechtspersonen zijn. De onbeperkt aansprakelijke vennoten kunnen eerder als een soort borg worden gekwalificeerd, zonder toerekening van de handelingen van de vennootschap aan de werkende vennoten.

\* \* \*

Bijlage: J. Vananroye, “Slingerende toerekening: zakelijke rechten in een maatschap”, TRV 2014 (geen leerstof)

# Slingerende toerekening : de zakelijke rechten van een maatschap

Joeri Vananroye<sup>(\*)</sup>

## Inhoud

### § 1. Onverdeelde boedel en rechtspersoon als twee alternatieve technieken om zakelijke rechten toe te rekenen (nrs. 1-12)

#### § 2. Onverdeelde boedel als afgescheiden vermogen : nalatenschap en maatschap

- A. Band tussen de onverdeelde nalatenschap en de maatschapsonverdeeldheid (nrs. 13-15)
- B. Vrijwillige nettovereffening is tegenwerpelijk aan persoonlijke schuldeisers van de deelgenoten (nrs. 16-19)
- C. “Inbreng van schulden” als rudimentaire vorm van vereffening (nrs. 20-26)
- D. Het bijzonder verhaalsrecht van de gemeenschappelijke schuldeisers (nrs. 27-30)
- E. Een deelgenoot kan zijn aandeel in de afzonderlijke boedelgoederen niet overdragen (nrs. 31-35)
- F. Conclusie : de onverdeelde nalatenschap (en dus de maatschapsboedel) is een afgescheiden vermogen (nrs. 36-39)

### § 3. Verschillen tussen de onverdeelde boedel in het erfrecht en het vennootschapsrecht : ná ontbinding van de maatschap

- A. Waarom is er geen volwaardige “netto”-vereffening van de onverdeelde nalatenschap ? (nrs. 40-43)
- B. Waarom in een maatschap een volwaardige “netto”-vereffening wél de regel is (nrs. 44-46)

### § 4. Verschillen tussen de onverdeelde boedel in het erfrecht en het vennootschapsrecht : vóór ontbinding van de maatschap

- A. Anticiperen op vereffening bij overdracht van aandelen ? (nrs. 47-49)
- B. Anticiperen op vereffening bij het beslag of zakelijke zekerheid op aandelen in afzonderlijke boedelgoederen ? (nrs. 50-52)

### § 5. Conclusie : de onverdeelde boedel tussen rechtsobject en rechtssubject (nrs. 53-57)

## § 1. Onverdeelde boedel en rechtspersoon als twee alternatieve technieken om zakelijke rechten toe te rekenen

### 1. Slingeren tussen vennootschap en vennoten.

De maatschap is een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid (art. 2, § 1 W.Venn.). Als een maatschap goederen verwerft (door inbreng of door een andere wijze van eigendomsverkrijging), worden deze goederen dan toegerekend aan de entiteit of aan de maten ?

Door de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid van de maatschap gelden de maten als mede-eigenaars. De maatschapsgoederen vormen een onverdeelde boedel. Daarmee lijkt de vraag opgelost : de zakelijke

rechten worden toegerekend aan de maten en niet aan de maatschap als dusdanig. In het dagelijks taalgebruik van juristen wordt dit nochtans niet consequent volgehouden : men zal spreken over een maatschap die eigenaar is van aandelen, over de maatschap die haar goederen revindiceert, over de maatschap die aansprakelijk is voor haar eigendom enz.

Zelfs bepalingen in boek II van het W.Venn. hantieren zulk taalgebruik : bv. de vennoot is aansprakelijk ten aanzien van de vennootschap (art. 22 en 27), een zaak kan onder de vennootschap worden uitgewonnen (art. 22), een vennoot heeft een vordering tegen de vennootschap (art. 29), goederen behoren tot de vennootschap (art. 37), enz. De regels van dit boek II

\* Docent, Instituut voor Handels- en Insolventierecht (KU Leuven), Advocaat te Brussel.

zijn o.a. van toepassing op de maatschap en zijn meestal een letterlijke herneming van de artikels in de *Code civil* over wat nu de maatschap heet.

Het juridisch taalgebruik slingert met andere woorden tussen een toerekening aan de maten en een toerekening aan de entiteit zelf. Deze bijdrage wil illustreren dat een toerekening aan de maatschap meer is dan enkel een manier van spreken : voor heel wat rechtsverhoudingen tussen maatschap, maten en derden biedt het inzicht om de rechten en verplichtingen aan de maatschap *als dusdanig* toe te rekenen. Het biedt vaak - niet altijd - meer inzicht om de maatschap als eigenaar te zien, eerder dan de maten als mede-eigenaar. De onverdeelde maatschapsboedel schurkt hiermee heel dicht aan bij een rechtspersoon, waar de entiteit als dusdanig, als rechtssubject, zelfstandig drager van rechten en verplichtingen kan zijn.

De maatschap staat daarmee “op de drempel van de rechtspersoon-constructie”, zoals VAN GERVEN schreef<sup>1)</sup>. Iets gelijkaardigs werd reeds opgemerkt door VAN BIERVLIET in 1912 over de onverdeelde nalatenschap; ook deze functioneert als een *sujet collectif*<sup>2)</sup>. Hij relateert dan ook het verschil tussen de onverdeelde boedel en de rechtspersoon<sup>3)</sup>.

**2. Praktische inzet.** Achter de terminologische vraag “wie is eigenaar : de maten of de maatschap zelf ?” schuilen verstrekkende praktische gevolgen. Als de zakelijke rechten worden toegerekend aan de *maten* ligt het voor de hand dat deze zakelijke (mede-eigendoms)rechten ook kunnen worden uitgewonnen door de persoonlijke schuldeisers van de maten; die treffen deze rechten dan immers als onderpand in het vermogen van hun debiteur aan. Als de zakelijke rechten worden toegerekend aan de *maatschap* zelf, ligt het voor de hand dat deze rechten enkel kunnen worden uitgewonnen door de schuldeisers van de maatschap - dus voor verbintenissen die worden toegerekend aan de maatschap - en niet door de louter persoonlijke schuldeisers van de maatschap. De praktische inzet is dus deze : vormen de maatschapsgoederen een afgescheiden vermogen ?

Ook in andere takken van het recht heeft de toerekeningsvraag belangrijke gevolgen. Wie geldt bv. als aandeelhouder indien aandelen in eigendom in een maatschap worden ingebracht of namens een maatschap verworven ? Dit is bepalend voor vragen als : geldt de maatschap als een stemovereenkomst; is een

NV met één maatschap als aandeelhouder een eenhoofdige vennootschap; in welke mate zijn de regels inzake overdrachtsbeperkingen (bv. art. 510 W.Venn.) van toepassing op een maatschap; moeten hoedanigheidsvereisten voor aandeelhouders worden beoordeeld op het niveau van de maatschap of dat van de maten ... ? Deze vragen behandelen we niet in dit artikel; ze worden wel in ons boek over *Onverdeelde boedel en rechtspersoon* aangeraakt<sup>4)</sup>.

**3. Wat we willen aantonen.** In deze bijdrage willen we zoals gezegd aantonen dat het inzicht verschaft in het positieve recht om maatschapsgoederen te zien als goederen van de maatschap en de ganse onverdeelde maatschapsboedel als een afgescheiden vermogen. Anders gezegd : het mede-eigendomsrecht van de maten t.a.v. de maatschapsgoederen is vaak louter nominaal, zonder de normale gevolgen van een zakelijk recht.

We willen ook de gelijkenissen aantonen tussen de toerekening van zakelijke rechten bij een vennootschap met rechtspersoonlijkheid en bij een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Anders gezegd : de rechten van een maat in een maatschap t.a.v. de onverdeelde goederen lijken sterk op de rechten van een aandeelhouder in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid t.a.v. de goederen van de rechtspersoon.

**4. Inductieve methodologie. Begrip “afgescheiden vermogen”.** Dat de maatschapsonverdeeldheid - en elke onverdeelde boedel - een afgescheiden vermogen vormt, willen we inductief aantonen vanuit een reeks concrete rechtsgevolgen. De toerekening van zakelijke rechten aan de maatschap zelf is daar dan de conclusie van die op de beste manier deze concrete gevolgen samenvat en voorstelt. We leiden de vermogensafscheiding dus niet deductief af uit één of andere theorie over wanneer er vermogensafscheiding zou *moeten* zijn.

Als wij in deze bijdrage het begrip *afgescheiden vermogen* (of : *algemeenheid van goederen*) gebruiken, bedoelen we in eerste instantie het volgende :

- er is sprake van één of meerdere goederen (die kunnen wisselen);
- waarbij er schuldeisers kunnen zijn die als enigen (of minstens toch bevoorrecht) een verhaalsrecht hebben op deze goederen (“zaakschuldeisers” of “gemeenschappelijke schuldeisers”);
- waarbij deze goederen eigendom zijn van één of

1. W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, I, Brussel, Story-Scientia, 1987, 261

2. J. VAN BIERVLIET, *Les sujets collectifs en droit privé*, extract uit *Rev.Prat.Not.*, Brussel, 1912, 7.

3. *Ibid.*, 12.

4. Zie daarover : J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon : technieken van vermogensafscheiding, vermogensovergang en vermogensvereffening in het burgerlijk en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Biblo, 2014, 272 e.v., nr. 367-372.

meerdere rechtssubjecten (“drager” of “deelgenoot”) die nog andere goederen en andere schuldeisers (“privé-schuldeisers”) kan/kunnen hebben; en

- waarbij de zakenrechtelijke aanspraak van de drager van de goederen en van zijn privécrediteuren ten aanzien van het goed of de goederen een “netto-aanspraak” is, d.w.z. dat de aanspraak van de drager van de goederen (en van zijn privécrediteuren) uitgehold wordt door het verhaalsrecht van de zaak-schuldeisers.

Essentieel voor een afgescheiden vermogen is hiermee de aanwezigheid van een *passif propre* dat bevoorrecht is ten aanzien van het goed of de goederen in het afgescheiden vermogen.

We zullen aantonen dat met name de onverdeelde nalatenschap en de maatschapsonverdeeldheid voorbeelden zijn van een afgescheiden vermogen zonder rechtspersoonlijkheid.

Voorlopig is het bovenstaande nog niet meer dan een omschrijving, waarbij nog onderzocht moet worden of het positieve recht zulke afgescheiden vermogens kent. Het is wellicht verrassend alvast op te merken dat de *poster boys* van de orthodoxe vermogensleer, AUBRY en RAU, niet twijfelden aan het bestaan van afgescheiden vermogens zonder rechtspersoonlijkheid<sup>5)</sup>.

**5. Terminologie en afbakening.** De focus van deze bijdrage zal vooral liggen op zakelijke rechten. Om het probleem scherp te stellen (en eenvoudig te houden) hebben we het enkel over de toerekening van “volle” eigendom, niet over andere zakelijke rechten (zoals vruchtgebruik of zakelijke zekerheidsrechten). Ook de hypothese van “inbreng in genot” blijft grotendeels buiten beschouwing (zie wel nr. 38).

Als we over rechtspersoon zonder meer spreken, bedoelen we de zgn. volkomen rechtspersoon waar de aandeelhouders niet automatisch gehouden zijn voor de vennootschapsschulden (zoals een NV, BVBA of CVBA). De onvolkomen rechtspersoon hebben we elders besproken<sup>6)</sup>. Bij de rechtspersonen beperken we ons voor de eenvoud tot vennootschappen.

Van de drie vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (maatschap, tijdelijke vennootschap en stille vennootschap) zullen we het enkel hebben over de maatschap. De tijdelijke vennootschap is immers niets meer dan een tijdelijke variant van de maat-

schap, zonder dat dit gevolgen heeft voor de toerekening van zakelijke rechten.

Ook de stille vennootschap (de oude vennootschap bij wijze van deelneming/*association en participation*) is niets meer dan een maatschap die niet als dusdanig aan het rechtsverkeer deelneemt. Het stille karakter van een stille maatschap heeft wél zakenrechtelijke gevolgen, die we echter elders hebben uiteengezet en hier niet zullen herhalen<sup>7)</sup>.

## 6. Afgescheiden vermogen en rechtspersoon.

Ook bij de rechtspersoon is er uiteraard vermogensafscheiding : de schuldeisers van de vennootschap hebben voorrang op de gerechtigde in economische zin (aandeelhouder/lid) op goederen van de rechtspersoon. In deze bijdrage gebruiken we “afgescheiden vermogen” enkel voor figuren zonder rechtspersoonlijkheid.

Bij de rechtspersoonstechniek ontstaat vermogensafscheiding omdat de goederen eigendom zijn van een apart rechtssubject. De schuldeisers van de gerechtigde in economische zin (aandeelhouder of lid) hebben daarom geen verhaal op die goederen, die per definitie niet de goederen van hun debiteur zijn.

Dit laatste is niet het geval bij het afgescheiden vermogen. De goederen van het afgescheiden vermogen zijn het voorwerp van een zakelijk recht (eigendom, mede-eigendom) van de drager van dat vermogen, maar kunnen toch niet door zijn persoonlijke schuldeisers worden uitgewonnen. Bij de techniek van het afgescheiden vermogen ontstaat de vermogensafscheiding doordat zaakschuldeisers een preferent verhaalsrecht hebben op deze goederen.

Anders gezegd : bij de *rechtspersoon* wordt het afgescheiden vermogen gepersonifieerd, bij het afgescheiden vermogen is het afgescheiden vermogen een zakenrechtelijke techniek. In het ene geval is het vermogen een rechtssubject, in het andere geval een rechtsobject.

## 7. De rechtspersoon als maatstaf. *Trennungsprinzip*.

Hierna willen we kort een overzicht geven van enkele vermogensrechtelijke implicaties die volgen uit de techniek van de rechtspersoon als zelfstandige drager van rechten en plichten. Hiermee krijgen we dan een maatstaf waaraan later in de conclusie de onverdeelde boedel (in het bijzonder bij de maatschap) kan worden afgemeten (nr. 56-57).

5. C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, VI, Parijs, Marchal & Billard, 1873, § 574, 232-234.

6. Zie daarover o.a. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 348-359, nr. 458-465.

7. J. VANANROYE, “Over stille en openbare maatschappen”, *TPR* 1999, 1483-1494. Zie vooral ook R. SALEILLES, “Etude sur l'histoire des sociétés en commandite”, *Annales de droit commercial*, 1895, 32-33; P. DEMEUR, “De l'existence d'un patrimoine social dans les associations en participation”, *RPS* 1924, 326; H. SWENNEN, *Juridische vormgeving van vastgoedbeleggingsfondsen en vastgoedcertificaten*, proefschrift Leuven, 1972, II, 136, nr. 162.



Een rechtspersoon wordt meestal negatief omschreven : de rechtspersoon is een rechtssubject dat geen natuurlijke persoon is. De rechtspersoon is daarmee een door het recht erkend “toerekeningspunt” van rechten en verplichtingen. De rechten en verplichtingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten en verplichtingen van die entiteit zelf.

Dat de rechten en verplichtingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten en verplichtingen van die entiteit zelf, krijgt vooral betekenis bekeken vanuit de deelgenoten (bv. aandeelhouders, leden). De deelgenoten in een rechtspersoon hebben geen zakelijke rechten op (de bestanddelen van) het vennootschapsvermogen<sup>(8)</sup>. In de plaats hebben ze lidmaatschapsrechten en (ten minste in de rechtspersonen met winstoogmerk) patrimoniale rechten.

Dat hét kenmerk van de rechtspersoonstechniek is dat zakenrechtelijk de band tussen deelgenoten en vermogen wordt doorgeknipt, wordt sterk benadrukt door de Duitse doctrine, die hier spreekt van het *Trennungsprinzip*<sup>(9)</sup>. De rechten van de “rechthebenden” zijn hier zo erg uitgehold, dat er van een zakelijk recht t.a.v. de vennootschapsgoederen geen sprake meer is. Hierna (nr. 8-12) bekijken we kort hoe vermogensafscheiding volgt uit deze rechtspersoonstechniek.

**8. Rechtspersoon : a./ niet-verhaalbaarheid van de activa van de rechtspersoon door de persoonlijke schuldeiser van de deelgenoten.** Bij de rechtspersoon is het de entiteit zelf, en niet de aandeelhouders, die zakelijk gerechtigd is tot de goederen van het vermogen van de rechtspersoon. In het vermogen van de aandeelhouders valt enkel hun aandeel in de rechtspersoon.

Het vermogen van de rechtspersoon strekt tot onderpand van zijn schuldeisers (art. 7-8 Hyp.W.). Omgekeerd betekent dit dat het vermogen van de rechtspersoon niet tot onderpand strekt van de loutere privé-schuldeisers van de aandeelhouders in die rechtspersoon. De rechtspersoon is immers niet hun debiteur; zijn goederen vormen daarom niet hun onderpand.

**9. Rechtspersoon : b./ aandeelhouder heeft niet de vrije beschikking voor eigen rekening over de activa van de rechtspersoon.** Voor de aandeelhouder in een rechtspersoon zijn de goederen van de rechtspersoon *andermans* goederen, zelfs in de een-

persoons-BVBA. Hij heeft over deze goederen geen bevoegdheid om ze te gebruiken of erover te beschikken, tenzij op grond van de bestuursregeling die geldt voor de betrokken rechtspersoon waarbij hij *voor rekening van* de rechtspersoon zelf kan optreden. Indien de deelgenoot optreedt voor rekening van de rechtspersoon, staat hij in een fiduciaire verhouding tot de rechtspersoon : hij voert bewind over andermans vermogen (*i.e.* van de rechtspersoon) en dient dit bewind te voeren in het belang van die (rechts)persoon<sup>(10)</sup>. Indien dit bewind niet in het belang van de rechtspersoon wordt gevoerd, kan de rechtspersoon de deelgenoot aansprakelijk stellen.

**10. Rechtspersoon : c./ recht van deelgenoten is een “nettorecht”.** De aandeelhouder kan niet zomaar activa aan het vermogen van de rechtspersoon onttrekken. Dit is een illustratie van de afwezigheid van vrije beschikking over de activa van de rechtspersoon.

Er gelden beperkingen voor uitkeringen door de rechtspersoon aan een deelgenoot zonder (evenwaardige) tegenprestatie (bv. dividend in een vennootschap). Zij zullen enkel rechtmatig zijn indien de rechten van de schuldeisers van de rechtspersoon zijn voldaan of redelijkerwijze door de uitkering niet in het gedrang komen (zie bv. de test in art. 617 W.Venn.).

Uit het voorgaande volgt dat de patrimoniale waarde van het aandeel in een rechtspersoon als een netto-aandeel ten aanzien van het vermogen van de rechtspersoon dient te worden begrepen : hij is maar gerechtigd tot de waarde van het “eigen vermogen” van de rechtspersoon, dit zijn de activa met aftrek van de passiva (*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*).

Het belang van die rechtspersoon valt omwille van het voorgaande ook niet volledig samen met het belang van de aandeelhouders (ook niet in een rechtspersoon met winstoogmerk). Minstens moet rekening worden gehouden met de verhaalsaanpakken van de schuldeisers van de rechtspersoon die de nettoaanspraak van de deelgenoten meebepalen. Het schuldeisersbelang kleurt mee het vennootschapsbelang; het doet dat méér zo naargelang het risico op insolventie groter wordt.

**11. Rechtspersoon : d./ nettovereffening.** Een bijzonder toepassingsgeval van het netto-karakter van

8. J. HEENEN, “Nature des droits de l’associé sur l’actif d’une société commerciale avant et après la dissolution”, *RCJB* 1953, 293, nr. 3.

9. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* : Band 1, Teil 2 : *Die juristische Person* : 1./2, Berlin, Springer, 1983, 31 e.v.

10. W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 141 e.v.

de aanspraak van de aandeelhouders is dat bij vereffening in beginsel eerst de schulden dienen te worden voldaan alvorens het nettoactief aan de aandeelhouders kan worden uitgekeerd (zie o.m. art. 190, § 2 W.Venn).

Dit is immers de enige manier om met zekerheid de nettoaanspraak vast te stellen waar de deelgenoten recht op hebben. Een vereffening van een afgescheiden vermogen dient vooral het belang van de schuldeisers van de rechtspersoon, die op deze manier hun bevoorrechte aanspraken op de goederen van de rechtspersoon veilig kunnen stellen nu het onderpand van hun exclusief verhaalsrecht verdwijnt.

De vereffening is het afgescheiden vermogen in actie. Een procedure waarbij, bij het verdwijnen van het afgescheiden vermogen, de boedelgoederen worden bestemd voor de boedelschulden, geeft inhoud aan de nettoaanspraak van de deelgenoten, samen met het rechtstreeks verhaalsrecht van de schuldeiser vóór het verdwijnen en de regel dat deelgenoten niet voor eigen rekening over de boedelgoederen kunnen beschikken.

**12. Rechtspersoon : e./ roerend karakter van aandelen in een rechtspersoon met onroerende goederen in haar vermogen.** Het recht van een aandeelhouder in een rechtspersoon is een roerend recht, zelfs indien de rechtspersoon eigenaar is van onroerende goederen. Dit wordt duidelijk gesteld in art. 529, al. 1 BW :

*“Roerend door wetsbepaling zijn verbintenissen en vorderingen die opeisbare geldsommen of roerende goederen betreffen, aandelen of belangen in maatschappijen van geldhandel, koophandel of nijverheid, ook wanneer onroerende goederen, tot die ondernemingen betrekking hebbende, aan de maatschappijen toebehoren. Die aandelen of belangen worden slechts ten opzichte van ieder der deelgenoten geacht roerend te zijn, zolang de maatschappij duurt”.*

Met “maatschappijen van geldhandel, koophandel of nijverheid” worden hier rechtspersonen bedoeld. Het Verslag aan het *Tribunat* legt expliciet de band tussen deze bepaling en de rechtspersoonstechniek, die een recht *in rem* vervangt door een recht in waarde<sup>(11)</sup>.

## § 2. Onverdeelde boedel als afgescheiden vermogen : nalatenschap en maatschap

### A. Band tussen de onverdeelde nalatenschap en de maatschapsonverdeeldheid

**13. Waarom aandacht voor de onverdeelde nalatenschap ?** De onverdeelde goederen van een maatschap vormen, net als de onverdeelde nalatenschap, een onverdeelde boedel. De onverdeelde *boedel* (ook : “boedelgemeenschap”) moet onderscheiden worden van de onverdeelde *zaak* (ook : “zaaksgemeenschap”). Dit onderscheid verklaart een reeks belangrijke rechtsgevolgen. Onbelicht in de klassieke Frans/Belgische traditie, kreeg dit onderscheid in de Belgische doctrine slechts recent de aandacht die het verdient<sup>(12)</sup>.

De boedel manifesteert zich in eerste instantie als een “boel” goederen : meerdere goederen die als een eenheid het voorwerp uitmaken van de onverdeeldheid. In de zaaksgemeenschap daarentegen is er slechts één (meestal lichamelijk) goed in onverdeeldheid.

De geschiedenis verklaart mede waarom het onderscheid tussen onverdeelde boedel en zaaksgemeenschap, tot voor kort, grotendeels aan de aandacht van de Belgische rechtsleer is ontsnapt :

- De *Code civil* van 1804 kende geen regeling voor de onverdeeldheid in het algemeen. Meestal werd daarom teruggегреpen naar de - rudimentaire - regels voor de onverdeelde nalatenschap, de boedel die ontstaat indien er meer dan één erfgenaam is. De onverdeelde nalatenschap vormt een uitgelezen vergelijkingspunt omdat de rechtsvinding omtrent mede-eigendom in het algemeen in de eerste plaats teruggrijpt naar de onverdeelde nalatenschap.
- Wanneer de Belgische wetgever bij de wet van 8 juli 1924 voor het eerst een algemene regeling voor de onverdeeldheid invoert met art. 577-2 BW (tot 1994 art. 577bis BW), kiest hij de zaaksgemeenschap als model. Art. 577-2, § 1 BW heeft het over “de eigendom van een zaak die onverdeeld aan verscheidene personen toebehoort”. Wel wordt gesteld

11. GOUPIL-PRÉFEL, *Rapport au Tribunat*, 17 januari 1804, in *Frénet*, deel XI.

12. H. CASMAN, “Enkele open vragen omtrent beschikkingsbevoegdheden over onverdeelde zaken” in *Liber amicorum G. Baeteman*, Brussel, Story Scientia, 1997, 3-15; M.E. STORME, “Noch terugwerking, noch overdracht : bij verdeling of aanwas verkrijgt men niets wat men niet al heeft”, *TPR* 2004, 653-683. Zie voorheen wel o.a. J. VINCENT, “Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage”, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1932, 314, nr. 36; M. MARTOU en L. VANDENKERCKHOVE, *De l'expropriation forcée*, Brussel, Bruylant, 1863, I, 366, nr. 173; J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de M. Baudry-Lacantinerie*, Parijs, Larose et Terin, IV, 349, nr. 175; R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Parijs, Sirey, 1932.

dat de regeling slechts een codificatie is van de bestaande rechtspraak en rechtsleer over de onverdeelde nalatenschap en voor de verdeling van de gemeenschappelijke zaak wordt verwezen naar de regels voor de erfenissen (art. 577-2, § 8 BW). Omgekeerd wordt de regeling van art. 577-2 BW ook van toepassing geacht op de onverdeelde nalatenschap.

Deze geschiedenis geeft ook aan waarom de maatschapsboedel niet begrepen kan worden zonder een onderzoek naar de onverdeelde nalatenschap.

Art. 55 W.Venn. (oud art. 1871 BW) verwijst bovendien voor de ontbonden maatschapsboedel naar de onverdeelde nalatenschap: *“De regels betreffende de verdeling van de nalatenschappen, de vorm van die verdeling en de verplichtingen die daaruit tussen de mede-erfgenamen ontstaan, zijn toepasselijk op de vereffening tussen vennoten van vennootschappen bedoeld in dit boek”*. Een analyse van vermogensafscheiding in de onverdeelde nalatenschap is daarmee essentieel voor een goed begrip van vermogensafscheiding bij de maatschap.

**14. De onverdeelde nalatenschap als afgescheiden vermogen.** Deze § 2 wil aantonen dat de best gekende onverdeelde boedel, de onverdeelde nalatenschap, een afgescheiden vermogen vormt. Dit geldt dan bij uitbreiding voor alle onverdeelde boedels, en in het bijzonder voor de maatschapsboedel op grond van art. 55 W.Venn. (oud art. 1871 BW).

Origineel is dit inzicht niet. In zijn klassiek artikel uit 1924 over de onverdeelde nalatenschap spreekt CAPITANT van *une véritable universalité séparée*<sup>(13)</sup>. Ook andere auteurs noemen de onverdeelde nalatenschap een *patrimoine d'affectation*<sup>(14)</sup> of een *universalité*<sup>(15)</sup>. Meer nog dan de Franse en Belgische rechtsleer hadden Nederlandse auteurs een fijn oog voor het boedeldkarakter van de onverdeelde nalatenschap, die tot aan de hervorming van het erfrecht in het NBW nog sterk naar het model van de *Code civil* was geregeld<sup>(16)</sup>.

Toch kan het inzicht dat de onverdeelde nalatenschap een afgescheiden vermogen vormt, bezwaarlijk gemeen goed worden genoemd<sup>(17)</sup>.

**15. Vooruitblik.** We willen hier aantonen dat de onverdeelde nalatenschap en bij uitbreiding de maat-

schap (via art. 55 W.Venn.; hoger nr. 13) een afgescheiden vermogen genoemd kan worden. Hiervoor zullen we de volgende rechtsgevolgen als argument aanbrengen<sup>(18)</sup>:

- (i) indien de deelgenoten volwaardig vereffenen, zijn de gevolgen hiervan tegenwerpelijk aan hun persoonlijke schuldeisers (zie B);
- (ii) het BW organiseert zelf een rudimentaire vorm van vereffening onder de vorm van de “inbreng van schulden”, die opnieuw tegenwerpelijk is aan de persoonlijke schuldeisers van de deelgenoten (zie C);
- (iii) de gemeenschappelijke schuldeisers kunnen, anders dan de persoonlijke schuldeisers, de boedelgoederen uitwinnen en genieten daarbij een preferente positie t.a.v. de persoonlijke schuldeisers (zie D); en
- (iv) een deelgenoot in de boedel, hoewel mede-eigenaar van elk boedelgoed, kan zijn aandelen daarin niet overdragen (zie E).

Indien dit kan worden aangetoond, zal de onverdeelde boedel hierin alvast zeer sterk lijken op de rechtspersoon: ook daar is een vereffening tegenwerpelijk aan de persoonlijke schuldeisers van de aandeelhouders (die enkel beslag kunnen leggen op het uitgekeerde liquidatieaandeel in het nettoactief); ook daar kunnen de vennootschapsschuldeisers als enigen de vennootschapsgoederen uitwinnen zonder in concurrentie te komen met de persoonlijke schuldeisers; ook daar kan een aandeelhouder een “aandeel” in de afzonderlijke vennootschapsgoederen niet overdragen.

Voor de toerekeningsvraag zal dit betekenen, dat het meer inzicht verschaft de zakelijke rechten aan de boedel toe te rekenen, dan aan de deelgenoten in de boedel (zie nr. 54).

## B. Vrijwillige nettovereffening is tegenwerpelijk aan persoonlijke schuldeisers van de deelgenoten

**16. Vrijwillige nettoverdeling door alle deelgenoten unaniem.** Het uitgangspunt van de verdeling van een onverdeelde nalatenschap is dat de goederen en de schulden “bruto” overgaan naar de erfgenamen; een erfgenaam krijgt zijn erfdeel in de activa en is aansprakelijk voor zijn erfdeel in de passiva. De onverdeelde nalatenschap wordt niet automatisch volwaardig vereffend; evenmin hebben de nalaten-

13. H. CAPITANT, “L’indivision héréditaire”, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1924, 30.

14. A. CHAVANNE, *Essai sur la notion de compte en droit civil*, Parijs, LGDJ, 1947, 6.

15. L. RAUCENT, *Partage et liquidation*, syllabus UCL, s.l.n.d., 22 en 27.

16. Zie in het bijzonder E.M. MEIJERS, *Erfrecht in Asser-reeks*, IV, Zwolle, Tjeenk Willink, 1915.

17. Zie recent de ontkenning bij R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 308, nr. 357.

18. Zie voor meer argumenten: J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 217 e.v., nr. 318 e.v.

schapsschuldeisers het recht om een volwaardige vereffening af te dwingen. Met een volwaardige vereffening bedoelen we een operatie waarbij de boedelgoederen eerst bij voorrang worden bestemd voor de boedelschulden en waarbij slechts een eventueel nettoactief wordt uitgekeerd. Verdeling heeft een “bruto”-karakter; vereffening een “netto”-karakter.

De deelgenoten kunnen wel altijd vrijwillig overgaan tot een vereffening van de onverdeelde boedel. De “bruto”-verdeling wordt dan een “netto”-vereffening : de deelgenoten krijgen slechts de activa nadat alle of bepaalde passiva zijn voldaan. Dit zou in de praktijk zelfs de gebruikelijke wijze van verdelen zijn<sup>(19)</sup>.

De keuze tussen een brutoverdeling of een nettovereffening van de onverdeelde nalatenschap is uiteraard van belang vanuit het oogpunt van de *nalatenschapsschuldeisers*. Bij een nettovereffening worden ze preferentieel voldaan uit de gemeenschappelijke goederen. Slechts als en in de mate ze hiermee niet zijn voldaan, moeten ze de concurrentie van de persoonlijke schuldeisers van de erfgenamen ondergaan.

**17. Nettovereffening op verzoek van één deelgenoot.** Art. 826, al. 2 BW staat toe dat *“indien het gereed geld, de bankrekeningen en de beleggingswaarden aan toonder, behorend tot de massa, niet voldoende lijken om het passief aan te zuiveren, kan iedere deelgenoot die tot betaling van de schulden en lasten der nalatenschap gehouden is, voor enige verdeling in natura, de verkoop van de onverdeelde, ter voldoening van de schulden en lasten noodzakelijke goederen vorderen, tenzij de medebelanghebbenden hem een voldoende zekerheid tegen enig verhaal verschaffen”*<sup>(20)</sup>.

Art. 826 BW is hiermee een wettelijk voorbeeld van een vereffening, in dit geval op initiatief van één erfgenaam die zijn mede-erfgenamen hiertoe kan verplichten. Het valt daarbij op hoe de mogelijkheid van een vereffening is ingegeven door het belang van de deelgenoten, en minder (of niet) door dat van de nalatenschapsschuldeisers :

- Enkel de deelgenoot, en niet een nalatenschapsschuldeiser, kan een vereffening vorderen.
- Bovendien kan een vereffening worden afgewend door een zekerheid “tegen verhaal”.

Voorop staat het zoveel mogelijk voorkomen van aansprakelijkheid van de erfgenamen zelf na de ver-

deling, niet de bescherming van het verhaal door de nalatenschapsschuldeisers.

**18. Vereffening tegenwerpelijk aan de persoonlijke schuldeisers van de deelgenoten.** Indien er vrijwillig (nr. 16) of op verzoek van minstens één deelgenoot (nr. 17) geheel of gedeeltelijk een nettoverdeling gebeurt, dan is die tegenwerpelijk aan de persoonlijke schuldeisers van de deelgenoten<sup>(21)</sup>. Dit is belangrijk : indien de activa van de erflater “netto” in plaats van “bruto” overgaan, betekent dit dat hun schuldenaar minder activa zal ontvangen en dat de persoonlijke schuldeisers zich op de vereffende goederen niet kunnen verhalen. Anders gezegd : in de mate dat door een vereffening nalatenschapsschuldeisers worden betaald uit de nalatenschapsgoederen, betekent dit dat ze op deze goederen niet in concurrentie komen met de persoonlijke schuldeisers van de deelgenoten.

Deze tegenwerpelijkheid van een vereffening hoeft niet te verbazen. De “benadeling” van de persoonlijke schuldeisers ten gevolge van een nettovereffening is immers niets anders dan het herstel van de normale toestand vóór de erfovergang, nl. dat enkel de schuldeisers van de toekomstige erflater met uitsluiting van de persoonlijke schuldeisers van de toekomstige erfgenamen zich kunnen verhalen op zijn goederen. Wat verklaring behoeft, is niet de “netto”-vereffening, wél de “bruto”-verdeling; hier komen we op terug in nr. 40 e.v.

**19. Maatschap (verwijzing).** Later zullen we argumenteren dat in de maatschap het idee van de vereffening, bij de nalatenschap rudimentair aanwezig, nog verder dient te worden doorgetrokken. Dit komt aan bod in § 3.

## C. “Inbreng van schulden” als rudimentaire vorm van vereffening

**20. Art. 1220 BW op het eerste gezicht.** Schuldvorderingen in onverdeeldheid vormen een bijzonder goed. Anders dan bv. lichamelijke goederen, zijn de meeste schuldvorderingen in geld uitgedrukt en daardoor feitelijk meteen splitsbaar. Het aandeel in een schuldvordering lijkt daarom meteen vast te staan, zonder dat een verdeling nodig is<sup>(22)</sup>.

Dit lijkt ook gereflecteerd in art. 1220 BW :

19. L. RAUCENT, *Partage et liquidation*, 30.

20. Zie R. SOETAERT, “Het rechtsstatuut van de ‘Prijs’ na toewijzing bij veiling aan een deelgenoot”, *RW* 1955-56, 1509, nr. 15.

21. P. THUYSSBAERT, “Bruto- of netto-verdeling”, *Ann. dr. Louvain* 1952, 43 en 45.

22. Zie voor het beslag op een zaaksgemeenschap van een schuldvordering E. DIRIX, “Beslag op een gezamenlijke rekening”, *RW* 1996-97, 228, nr. 1.

*“De verbintenis die voor verdeling vatbaar is, moet tussen schuldeiser en schuldenaar ten uitvoer gebracht worden alsof zij ondeelbaar was. De deelbaarheid is alleen van toepassing ten aanzien van hun erfgenamen, die de schuld niet kunnen vorderen of niet verplicht zijn deze te voldoen dan voor het aandeel waarop zij recht hebben of waartoe zij gehouden zijn als vertegenwoordigers van de schuldeiser of van de schuldenaar”.*

Art. 1220 BW bepaalt hiermee de deelbaarheid van de schulden en schuldvorderingen in de onverdeelde erfboedel. Elk van de deelgenoten kan een onverdeelde schuldvordering instellen ten belope van zijn aandeel. Deze onmiddellijke “bruto”-vorm van verdeling staat haaks op een vereffeningsidee. De deelbaarheid impliceert immers dat de rechten van de erfgenamen in de schuldvordering *ab initio* reeds vaststaan en niet het resultaat zijn van een vereffening.

Hierna zullen we zien dat de werking van deze deelbaarheid wordt uitgehold door enkele mechanismen : (i) de afwezigheid van vermenging voor schulden op en aan een erfgenaam (zie nr. 21); (ii) het ontstaan van een rekening tussen de erfgenamen (zie nr. 22); en (iii) de erfrechtelijke figuur van “inbreng van schulden” (zie nr. 23-24). Inbreng veronderstelt dat een recht van een deelgenoot op de erfgoederen (in waarde of in natura) slechts vaststaat na een (minstens gedeeltelijke) vereffening. Deze mechanismen vormen daarmee opnieuw een rudimentaire manier om de onverdeelde nalatenschap te vereffenen. Daarom moeten we de regel van art. 1220 BW opnieuw bekijken, na analyse van deze figuren (zie nr. 25).

**21. Geen vermenging voor schulden op en aan deelgenoot.** Wanneer de hoedanigheid van schuldeiser en van schuldenaar in éénzelfde persoon verenigd worden, verdwijnt de schuld van rechtswege door schuldvermenging (art. 1300 BW). Wat nu indien een deelgenoot schuldenaar of schuldeiser is van de boedel (bv. omdat hij dat was van de erflater vóór overlijden) ?

Een strikte toepassing van de regel van de deelbaarheid (art. 1220 BW) zou meebrengen dat de schuldvordering gedeeltelijk verdwijnt door schuldvermenging ten belope van het aandeel van de deelgenoot die schuldenaar of schuldeiser is.

Dit is echter niet de oplossing van het positieve recht. De schuldvermenging wordt in dit geval aan de kant

geschoven. In de plaats worden deze “interne” schulden en schuldvorderingen afgewikkeld volgens de hierna besproken mechanismen van verrekening en “inbreng van schulden”.

**22. Verrekening.** Het openvallen van de nalatenschap doet een rekening ontstaan tussen de deelgenoten. In deze rekening worden alle schulden en schuldvorderingen tussen de boedel en deelgenoten opgenomen. De actief- en passiefposten in deze rekening compenseren mekaar, zelfs indien niet aan de gemeenschappelijke voorwaarden van schuldvergelijking is voldaan<sup>(23)</sup>.

**23. Schuld van een erfgenaam aan de boedel.** Bij schulden van een erfgenaam aan de boedel wordt art. 1220 BW helemaal aan de kant geschoven : de andere erfgenamen kunnen hun debiteur niet aanspreken voor hun deel, noch kwijting verlenen<sup>(24)</sup>.

De schuld van de erfgenaam is immers onderworpen aan de zgn. “inbreng van schulden”. Hierbij worden dezelfde regels toegepast als voor schenkingen die dienen te worden ingebracht. Art. 829 BW bepaalt ter zake :

*“Ieder mede-erfgenaam doet, volgens de hierna te bepalen regels, in de massa inbreng van de giften die hem gedaan zijn en van de sommen die hij schuldig is”* (eigen onderlijning).

De inbreng van schulden kan gebeuren door mindere ontvangst. De goederen die de inbrengverschuldigde deelgenoot in zijn kavel krijgt, verminderen hierdoor met de tegenwaarde van de in te brengen schuld.

Dit biedt een groot voordeel voor andere deelgenoten in vergelijking met de deelbaarheid van de schuld. Bij deelbaarheid zouden ze immers voor hun aandeel in de schuldvordering de samenloop riskeren met de persoonlijke schuldeisers van de erfgenaam/schuldenaar. Door de mindere ontvangst wordt de boedelvordering op een erfgenaam voldaan, zonder dat de andere deelgenoten de samenloop met de andere schuldeisers van de deelgenoot/schuldenaar hoeven te vrezen.

**24. Schuldvordering van een erfgenaam op de boedel.** Traditioneel is er enkel sprake van een “inbreng van schulden”. Nochtans geldt het mechanisme van de inbreng ook voor een schuldvordering die een deelgenoot heeft op de boedel.

23. H. CAPITANT, “L’indivision héréditaire”, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1924, 96; E.M. MEIJERS, *Erfrecht*, 300.

24. R. PIRSON, “Successions et libéralités. Examen de jurisprudence (1956-1959)”, *RCJB* 1960, 435. De erfgenaam die aan de inbreng is onderworpen, kan ook afzien van de inbreng door mindere ontvangst en kan een “inbreng in natura” van zijn schuld doen door de betrokken som aan de boedel te storten.

Dat dit meestal niet wordt opgemerkt, is omdat er gedacht wordt vanuit de deelbaarheid van de schuldvorderingen (ook al wordt de toepassing ervan aan de kant geschoven). Een schuldvordering van een deelgenoot op de boedel wordt op deze wijze ook begrepen als een schuld van de andere deelgenoten t.a.v. de deelgenoot/schuldeiser.

Indien het perspectief wordt verplaatst van de deelgenoten naar de boedel, wordt echter duidelijk dat het regime van “inbreng van schulden” twee verschillende regelingen verbergt : één voor een bepaald soort boedelgoederen (boedelvorderingen op een deelgenoot) en één voor een bepaald soort boedelschulden (boedelschulden t.a.v. een deelgenoot).

Ook voor de boedelschuld t.a.v. de deelgenoot/schuldeiser heeft de “inbreng van schulden” belangrijke verhaalsrechtelijke consequenties. Door de inbreng wordt de deelgenoot/schuldeiser automatisch voldaan op de boedelgoederen. Anders dan de boedelschuldeisers die geen gebruik (kunnen) maken van hun preferent verhaalsrecht, ontsnapt hij hierdoor aan de samenloop met de andere schuldeisers van de andere deelgenoten.

Frappant is dat de deelgenoot/schuldeiser hierdoor automatisch in een betere positie komt dan de andere boedelschuldeisers. De “inbreng van schulden” organiseert immers een automatische vereffening van een deel van het nalatenschapspassief in het enkele voordeel van deelgenoten/schuldeisers<sup>(25)</sup>. De gelijkheid tussen de erfgenamen weegt hier zwaarder door dan de gelijkheid tussen de schuldeisers.

**25. Art. 1220 BW op het tweede gezicht.** De “inbreng van schulden” is een vorm van vereffening (weze het een vereffening beperkt tot “interne” schuldeisers) en bevestigt daarmee opnieuw dat de onverdeelde nalatenschap een afgescheiden vermogen uitmaakt. Door de “inbreng van schulden” wordt het erfdeel van de individuele erfgenamen, en dus ook het vermogen waarop hun persoonlijke schuldeisers zich kunnen verhalen, uitgehold.

De Frans/Belgische rechtsleer heeft er historisch erg mee geworsteld om de “bruto”-deelbaarheid van art. 1220 BW te verzoenen met deze “netto”-vereffening door de “inbreng van schulden”. Typerend is hoe bepaalde 19e-eeuwse auteurs de inbreng van schulden - tegen de toen reeds gevestigde rechtspraak in - willen

terugbrengen tot louter een rekenkundig middel om sneller tot vereffening te komen.

In de eerste plaats François LAURENT heeft deze beperkende interpretatie van de inbreng van schulden verdedigd<sup>(26)</sup>. De inbreng van schulden heeft volgens hem enkel gevolgen tussen de erfgenamen zelf; de persoonlijke schuldeisers van de erfgenamen hoeven het zich niet te laten tegenwerpen dat de vordering van een erfgenaam-schuldeiser bij voorrang wordt voldaan :

*“En vertu de quel principe les héritiers réclameraient-ils une préférence ? Ce serait un privilège, et il n’y a pas de privilège sans loi”* <sup>(27)</sup>.

De onverdeelde goederen (activa) worden in LAURENTs visie consequent bruto verdeeld. De vorderingen van deelgenoten/schuldeisers (passiva) zijn louter vorderingen op de mede-deelgenoten, geen schuld van een boedel. De “toerekening” van de schulden van een deelgenoot t.a.v. de erflater op zijn erfdeel stopt in zijn visie indien hierdoor de rechten van zijn persoonlijke schuldeisers worden benadeeld. Indien m.a.w. de erfgenaam-schuldeiser insolvent is, worden de activa van de boedel bruto aan deze erfgenaam toebedeeld, en komen de andere deelgenoten voor hun aandeel in de schuldvordering in concurrentie met de andere schuldeisers van deze erfgenaam.

De stelling van LAURENT is intussen definitief verlaten<sup>(28)</sup>. Zijn oppositie stelt wel mooi in het licht hoe, achter ogenschijnlijk rekenkundige vereffeningregels, een belangrijke vorm van vermogensafschieding verscholen zit.

De actuele consensus is dat de vorderingsbevoegdheid die art. 1220 BW verleent aan deelgenoten louter extern werkt in de verhouding met de schuldeisers en schuldenaren van de boedel. Anders gezegd : art. 1220 BW regelt de verbintenisrechtelijke relatie tussen deelgenoten en nalatenschapsschuldenaren, niet de zakenrechtelijke verhoudingen binnen de boedel.

Concreet betekent dit dat een deelgenoot zijn “aandeel” in de gemeenschappelijke schuldvordering kan afdwingen, maar dat intern deze schuldvordering nog altijd binnen de vereffening wordt genomen. Het kan dus best dat een erfgenaam zijn aandeel vordert van

25. J. PERCEROU, “La liquidation du passif héréditaire en droit comparé, spécialement en droit allemand”, *R.T.D.Civ.* 1905, 850.

26. Deze stelling werd daarna vooral uitgewerkt in het proefschrift van A. DESCHAMPS, *Du rapport des dettes*, Parijs, Amand Giard, 1889, 204 e.v.

27. F. LAURENT, *Principes*, X, 710, nr. 638.

28. A. KLUYSKENS, *De erfenissen*, 239, nr. 187.

een schuldenaar en dat op het einde van de vereffening komt vast te staan dat hij grotere, kleinere of geen rechten had op deze som. De uitkomst van deze vereffening bindt de erfgenamen en is tegenwerpelijk aan hun persoonlijke schuldeisers.

De reden waarom art. 1220 BW individuele deelgenoten vorderingsbevoegdheid geeft, is uiteraard het ongeorganiseerd karakter van de onverdeelde nalatenschap. De erfgenamen dienen in de regel unaniem op te treden. Er is geen geraffineerde regeling van bestuur en vertegenwoordiging binnen de boedel. Daarbij moet worden opgemerkt dat de *Code civil* van 1804 zelfs de rudimentaire regeling van art 577-2 BW nog niet kende. Zonder de deelbaarheid van de schuldvordering dreigt een opeisbare nalatenschapsschuld te worden verwaarloosd tot op het ogenblik dat deze schuld in de kavel van een deelgenoot valt.

**26. Maatschap (verwijzing).** De “inbreng van schulden” is een eigenaardige vorm van vereffenen : enkel de nalatenschapsschuldeisers die ook deelgenoot zijn, profiteren ervan. Dit duidt erop dat de onverdeelde nalatenschap sterk gekleurd wordt door de typisch erfrechtelijke regel van de gelijkheid van de erfgenamen. Capitant spreekt in dit verband van “*l'égalité qui est la règle cardinale en matière de partage*”<sup>(29)</sup>. Meteen is het duidelijk dat de regels voor de vereffening van de nalatenschap daarom niet zomaar kunnen worden gecalqueerd op andere onverdeelde boedels. In andere boedels zal de gelijkheid tussen de schuldeisers zwaarder doorwegen dan de gelijkheid tussen de deelgenoten.

Hier komen we in § 3 op terug bij de vereffening van de maatschap. We argumenteren daar dat de rudimentaire vorm van vereffening in het loutere voordeel van de deelgenoten/schuldeisers moet worden doorgetrokken naar alle boedelschuldeisers. De nettovereffening van de maatschap dringt zich immers meer op.

Dit wordt alvast geïllustreerd door het bekende *Socol*-arrest van het Hof van Cassatie over de vereffening van een tijdelijke maatschap van het faillissement van één van de maten<sup>(30)</sup>. De oplossing hier leunt dicht aan bij de figuur van “inbreng van schulden”. De belangrijkste les van dit arrest is dat een nettovereffe-

ning in een maatschap ook bij faillissement tegenwerpelijk aan derden is. DIRIX sprak in dit verband terecht van een “substraat van rechtspersoonlijkheid (...)”, derwijze dat privéschuldeisers van één der vennoten zich slechts kunnen verhalen op het aandeel dat deze vennoot na de vereffening van het vennootschapsvermogen wordt toebedeeld<sup>(31)</sup>.

## D. Het bijzonder verhaalsrecht van de gemeenschappelijke schuldeisers

**27. Vooraf : art. 1561 Ger.W. voor de persoonlijke schuldeisers van de onverdeelde erfgenamen.** De enige uitdrukkelijke wetsbepaling over het beslag bij een onverdeeldheid is art. 1561 Ger.W. :

*“Niettemin kan het beslag op het onverdeelde aandeel van de schuldenaar door zijn persoonlijke schuldeisers niet ten uitvoer worden gebracht vóór de verdeling of de veiling, die zij kunnen vorderen of waarin zij gerechtigd zijn tussen te komen, met dien verstande dat de overeenkomst van onverdeeldheid gesloten vóór de vordering tot verdeling of voor de akte tot vestiging van de hypotheek, in acht moet worden genomen [...]”.*

Deze elegante regel gaat terug op oud art. 2205 *Code civil* (later art. 2 van de wet van 15 augustus 1854), geschreven voor de onverdeelde nalatenschap. Deze bepaling is complexer en originelere dan op het eerste gezicht misschien lijkt<sup>(32)</sup> :

- (i) het aandeel in een concreet onverdeeld nalatenschapsgoed kan niet worden uitgewonnen;
- (ii) wel kan beslag worden gelegd op het concreet boedelgoed zelf;
- (iii) dit beslag kan niet worden doorgevoerd door de executoriale verkoop van het goed zelf;
- (iv) dit beslag leidt tot beschikkingsonbevoegdheid over het betrokken onverdeelde goed zelf (door de gezamenlijk mede-eigenaars of deelgenoten)<sup>(33)</sup>;
- (v) de beslagleggende schuldeiser krijgt een eigen recht om de verdeling of veiling uit te lokken;
- (vi) indien het betrokken goed terecht komt in de kavel van de beslagen deelgenoot, kan de schuldeiser, die beslag had gelegd op het aandeel, de uitwinning van het goed zelf voortzetten; en

29. H. CAPITANT, “L’indivision héréditaire”, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1924, 89.

30. Cass. 28 februari 1985, *RW* 1985-86, 997, noot E. DIRIX, *JT* 1986, noot F. T. KINT, *RCJB* 1987, 571, noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS. Voor de bodemprocedure zie Kh. Brussel 17 maart 1982, *T. Aan.* 1983, 21, noot C. LECONTE en Brussel 10 november 1983, *RPS* 1984, 33, noot P. COPPENS. Zie uitgebreider onze analyse in “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap” in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1999, 293-296.

31. E. DIRIX, “De tegenwerpelijkheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden”, *RW* 1985-86, 1008. Zie ook M.E. STORME, “Van trust gespeend”, *TPR* 1998, 722, voetnoot 25.

32. Zie uitgebreid : J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 186-195, nr. 274-285.

33. G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1988, 94, nr. 52.

(vii) indien het goed niet terechtkomt in de kavel van de beslagen deelgenoot, gaan de rechten van de schuldeisers over op de prijs. Dat laatste staat niet met zoveel woorden in art. 1561 Ger.W., maar volgt uit de rechtspraak<sup>(34)</sup>.

Op art. 1561 Ger.W. komen we in deze bijdrage later nog kort terug. Nu willen we in het licht stellen dat art. 1561 Ger.W. *niet* geldt voor de nalatenschapsschuldeisers (de schuldeisers van de onverdeelde boedel). Ook dit zal een belangrijk symptoom blijken van het karakter van afgescheiden vermogen van de onverdeelde nalatenschap.

Het is immers onbetwist dat de nalatenschapsschuldeisers, ondanks de wettelijke bepaling van de deelbaarheid en het verder stilzwijgen van het BW, zich rechtstreeks kunnen verhalen op de goederen in de onverdeelde nalatenschap<sup>(35)</sup>. Art. 1561 Ger.W. beperkt hun uitwinningsmogelijkheden niet. De nalatenschapsschuldeisers ontsnappen hierdoor aan de concurrentie van de louter persoonlijke schuldeisers van de erfgenamen.

Zoals hierna in nr. 29 uiteengezet blijkt dit rechtstreeks verhaalsrecht van de nalatenschapsschuldeisers op de nalatenschapsgoederen duidelijk uit de voorbereidende werken van de *Code civil*. Ook in de rechtspraak werd het erkend, met name in het arrest-*Frécon* van het Franse *Cour de cassation* uit 1912 :

*“malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, le gage dont les créanciers du défunt jouissent de son vivant, continue même après son décès et jusqu’au partage de subsister d’une manière indivisible sur l’hérédité toute entière”*<sup>(36)</sup>.

De gemeenschappelijke schuldeisers hebben een rechtstreeks verhaalsrecht op de onverdeelde goederen zelf, zonder dat ze de omweg van de uitwinning van het aandeel of de aandelen van hun schuldenaar dienen in te slaan. Dit rechtstreeks verhaalsrecht is

een eerste stap in een *passif propre* van de onverdeelde nalatenschap. Vermogensafschieding blijkt echter vooral uit twee bijzondere kenmerken van dit verhaalsrecht<sup>(37)</sup> :

- het staat los van de aansprakelijkheid van de deelgenoten die zakelijk gerechtigd zijn tot de goederen die worden uitgewonnen (zie nr. 28); *en*
- het geeft in beginsel een preferentie t.a.v. de persoonlijke schuldeisers van de deelgenoten (zie nr. 29).

**28. Rechtstreeks verhaalsrecht staat los van de aansprakelijkheid van de deelgenoten.** De bijzondere aard van het rechtstreeks verhaalsrecht van de nalatenschapsschuldeisers blijkt hierin dat het niet verdwijnt zodra één van de deelgenoten zijn deel in de gemeenschappelijke schuld heeft betaald<sup>(38)</sup>. Met het “deel” wordt hier zijn externe gehoudenheid (*obligatio*) bedoeld, niet de mate waarin de deelgenoot in de interne verhouding tot deze schuld moet bijdragen (*contributio*).

De deelgenoot die reeds heeft betaald, is in dat geval gehouden zoals een zakelijke borg : hij is niet meer persoonlijk aansprakelijk, maar zijn zakelijke deelgerechtigdheid in het onverdeelde goed kan toch nog worden uitgewonnen. Bij uitwinning van het onverdeelde goed kan hij zich op de andere deelgenoten verhalen. Het is als het ware de boedel zelf die schuldenaar is van de boedelschulden.

**29. Nalatenschapsschuldeisers hebben preferent verhaalsrecht.** Het verhaalsrecht van de nalatenschapsschuldeisers leidt bovendien tot een voorrang van deze schuldeisers t.a.v. de louter persoonlijke schuldeisers van de deelgenoten<sup>(39)</sup>. Het rechtstreeks verhaalsrecht is een preferent verhaalsrecht. De persoonlijke schuldeisers van de erfgenamen delen niet mee in de opbrengst van de executoriale verkoop van de onverdeelde goederen die door nalatenschapsschuldeisers worden uitgewonnen.

34. E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, 96, nr. 117.

35. Zie o.a. C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français*, IX, 347, § 583; M. MARTOU en L. VANDENKERCKHOVE, *De l'expropriation forcée*, Brussel, Bruylant, 1863, I, 234, nr. 115; G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Parijs, LGDJ, 1921, 292; J. VINCENT, *La répartition entre les héritiers des créances et des dettes de la succession*, thèse Parijs, Dalloz, 1931, 179; M. SCHUSTER, *Le principe de l'autonomie de la masse héréditaire*, proefschrift Parijs, 1956, 152 e.v.; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire du droit civil Belge*, IX, Brussel, Story-Scientia 1974, 960, nr. 1347; C. ENGELS, *Het uitvoerend beslag op onroerende goederen*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 87, nr. 96; W. VAN HEMEL, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap*, Deventer, Kluwer, 1998, 92.

36. Cass. Req. 24 december 1912, S. 1914, I, 201, DP 1915, I, 45. Zie ook de Belgische rechtspraak in dezelfde zin geciteerd bij H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire du droit civil Belge*, IX, 960, nr. 1347.

37. Deze bijzondere aard van het rechtstreeks verhaalsrecht, maar niet het principe op zich, wordt ontkend bij (wij zeggen : miskend door) R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 302 e.v.

38. M. MARTOU en L. VANDENKERCKHOVE, *De l'expropriation forcée*, I, 240, nr. 122; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire du droit civil Belge*, IX, 960, nr. 1347; C. ENGELS, *Het uitvoerend beslag op onroerende goederen*, 88, nr. 97; L. RAUCENT, *Liquidation et partage*, 22 en 27; F. GASNIER, *L'organisation de la liquidation du passif successoral*, proefschrift Algiers, 2010, 104, nr. 127. Zie anders : O. CAMBRON, *Traité de la copropriété*, Brussel, Brian Hill, 1925, 105.

39. H. CAPITANT, “L'indivision héréditaire”, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1924, 25; P. THUYSBAERT, “Bruto- of netto-verdeling”, *Ann. dr. Louvain* 1952, 69.



Dit preferent karakter van het verhaalsrecht wordt bevestigd door de voorbereidende werken van de *Code civil*, meer bepaald bij de verantwoording door Lahary van de beperkte verhaalsrechten van de persoonlijke schuldeisers van de erfgenamen (oud art. 2205 *Code civil*, nu art. 1561 Ger.W.) :

*“Je réponds enfin que, jusqu’à ce que tous les biens possédés en commun soient licites ou partagés, il est incertain si tel ou tel immeuble, telle ou telle portion d’immeuble échera dans le lot du cohéritier débiteur, s’il ne recueillera pas pour sa part successive une somme d’argent au lieu d’un corps héréditaire, si même, après le prélèvement des dettes de la succession, il restera quelque excédant sur lequel il puisse exercer son droit”*<sup>(40)</sup>.

In de mate de nalatenschapsschuldeisers gebruikmaken van hun verhaalsrecht, kunnen de uitgewonnen onverdeelde goederen niet in volle eigendom toebedeeld worden aan de deelgenoten. De aanspraak van de erfgenamen, én van hun persoonlijke schuldeisers, krijgt hierdoor een nettoinhoud<sup>(41)</sup>.

De boedelgoederen en de boedelschulden worden hier eerder aan de boedel zelf, dan aan de deelgenoten toegerekend. Opnieuw LAHARY :

*“D’autre part, ces immeubles [i.e. de onverdeelde onroerende goederen] ne sont point, à proprement parler, en la possession du cohéritier débiteur. Ils doivent être considérés à son égard comme s’ils étaient possédés par des tiers : or, le créancier qui n’a que l’action personnelle, ne peut suivre les immeubles dans les mains des tiers détenteurs”*<sup>(42)</sup>.

Frappant is dat de boedelgoederen, vanuit het standpunt van de persoonlijke schuldeisers, gelden *als waren ze eigendom van een derde*, en niet van de deelgenoten. Onuitgesproken, maar de logische doortrekking van deze zienswijze, is dat de boedel zelf als eigenaar geldt van deze goederen.

**30. Preferent verhaalsrecht van maatschapsschuldeuren.** Net zoals de nalatenschapsschuldeiser, is de maatschapsschuldeiser een boedelschuldeiser, met een rechtstreeks verhaalsrecht op de boedelgoederen.

Net zoals in de onverdeelde nalatenschap blijft dit verhaalsrecht bestaan (i) indien één of meer van de

maten niet langer persoonlijk aansprakelijk zijn (bv. wegens betaling van zijn deel of omdat hij toetrad nadat de schuld ontstond), of (ii) als het aandeel van de maten in de verbintenisrechtelijke gehoudenheid (hun *obligatio*) verschilt van hun zakenrechtelijke aandeel in de onverdeeldheid. Net zoals in de onverdeelde nalatenschap heeft de maatschapsschuldeiser een voorrang als hij de boedelgoederen uitwint : hij dient de persoonlijke schuldeisers niet te laten meedelen ten belope van het aandeel van debiteur/maat.

De maatschapsschuldeiser wordt daarom in Nederland terecht een *zaakcrediteur* genoemd : hij is niet louter de persoonlijke schuldeiser van alle vennoten, maar kan zich op de gemeenschappelijke goederen zelf verhalen.

## E. Een deelgenoot kan zijn aandeel in de afzonderlijke boedelgoederen niet overdragen

**31. Art. 577-2, § 4 BW en de aandelen in afzonderlijke boedelgoederen.** Art. 577-2, § 4 BW, zoals vermeld (nr. 14) vooral geschreven met de zaaksgemeenschap in het achterhoofd, stelt de vrije overdraagbaarheid van het aandeel in een goed voorop : *“De medeëigenaar kan over zijn aandeel beschikken en het met zakelijke rechten bezwaren”*.

De overdracht van een aandeel in een zaaksgemeenschap maakt de verkrijger meteen mede-eigenaar van het betrokken goed. De vervreemder van het aandeel verdwijnt als zakelijke medegerechtigde t.a.v. het onverdeelde goed. De nieuwe mede-eigenaar kan de verdeling vorderen van het goed net zoals alle andere mede-eigenaars of, indien het initiatief tot de verdeling van een andere mede-eigenaar komt, zal deze vordering ook tegen de verkrijger van het aandeel dienen te worden ingesteld (en niet langer tegen de overdrager).

We kijken nu of en hoe deze regel wordt toegepast bij een aandeel in een afzonderlijk goed van de onverdeelde nalatenschap. De regels omtrent de overdracht van het aandeel in de ganse onverdeelde nalatenschap, laten we in deze bijdrage buiten beschouwing<sup>(43)</sup>.

**32. Klassieke formulering : overdraagbaarheid van een aandeel in een afzonderlijk goed van een onverdeelde boedel, ...** Voor de aandelen in de

40. J.-T. LAHARY, “Discours au Corps législatif” in Locré, VIII, 314, nr. 6 (onderlijning door ons).

41. P. THUY'SBAERT, *De vereffening van het passief der nalatenschap in ons recht*, nr. 2, 14.

42. J.-T. LAHARY, “Discours au Corps législatif” in Locré, VIII, 314, nr. 6 (onderlijning door ons).

43. Zie daarover o.a. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 206-215, nr. 301-315.

afzonderlijke goederen in een boedel, bevat het BW geen uitdrukkelijke andere regel. De klassieke Franse en Belgische rechtsleer past de vrije overdraagbaarheid van art. 577-2, § 4 BW dan ook toe op de onverdeelde boedel.

De klassieke Frans/Belgische regel vinden we toegepast in het arrest-*Molenaers* van 9 september 1994 waarbij het Hof van Cassatie stelt dat :

*“vóór de verdeling, elke medegerechtigde volgens zijn aandeel onverdeelde medeëigenaar is van elk goed van de gehele onverdeelde en over zijn onverdeeld aandeel in elk van die goederen kan beschikken zonder tussenkomst van de andere medeëigenaars”*<sup>(44)</sup>.

In 2006 werd dit bevestigd in het arrest-*Helsen* :

“Wanneer een mede-eigenaar zijn onverdeelde aandeel in een bepaald goed verkoopt aan een derde, neemt deze koper de hoedanigheid van mede-eigenaar over”<sup>(45)</sup>.

Nochtans rijzen in de boedel bijzondere problemen met de vrije overdracht van aandelen in afzonderlijke goederen. De overdracht van een zakelijke deelgerechtigdheid in één goed van de boedel zou immers leiden tot de versplintering van de boedel. Dit stelt problemen : de vermenigvuldiging van de verdelingshandelingen (nl. al naar gelang wie deelgenoot is bij de betrokken goederen) en hierdoor ook de onmogelijkheid om de boedel als een eenheid te vereffenen. Indien de boedel fragmenteert, is een “netto”-vereffening immers onmogelijk : als bepaalde boedelgoederen mede-eigendom zijn van personen die niet gehouden zijn tot de boedelschulden, is het moeilijk om de boedelgoederen in een vereffening voor de boedelschulden te bestemmen.

**33. .... die afhankelijk is van de terugwerkende kracht van de verdeling.** De regel van de vrije overdracht van een aandeel in één boedelgoed die door het Hof van Cassatie werd geponeerd in het arrest-*Molenaers* verbaast in het licht van de hiervoor opgesomde bezwaren tegen zulke overdrachten. Het zou de onverdeelde boedel als afgescheiden vermogen onderuit halen.

Het Hof zegt echter niet wat het zegt.

Wat met de zgn. regel van de vrije overdracht wordt gegeven, wordt immers meteen teruggedragen met de regel van de terugwerkende kracht van de verdeling (art. 883 BW). De gevolgen van een overdracht van een aandeel in een afzonderlijk goed van een onverdeelde boedel zijn hierdoor afhankelijk van het resultaat van de verdeling. De vrije overdraagbaarheid van de zakelijke deelgerechtigdheden in de afzonderlijke goederen van een boedel wordt genuanceerd door te stellen dat deze overdracht onderworpen is aan het *alea* van het retroactief effect van de verdeling.

Indien het betrokken goed niet in de kavel valt van de deelgenoot die het aandeel heeft verkocht, verkrijgt de verkoop geen effect (*reste sans résultat*)<sup>(46)</sup>. De verkoper wordt immers geacht nooit de eigenaar te zijn geweest van het betrokken goed.

**34. Adequater formulering van het positieve recht : onoverdraagbaarheid van een aandeel in een afzonderlijk goed van de boedel.** We willen nu aantonen dat het positief recht beter beschreven wordt door te stellen dat de zakelijke deelgerechtigdheden in de afzonderlijke goederen van de boedel onoverdraagbaar zijn<sup>(47)</sup>. Zoals terecht opgemerkt door STORME versluiert het zgn. retroactief effect een beschikkingsonbevoegdheid over de aandelen in de afzonderlijke onverdeelde boedelgoederen<sup>(48)</sup>. We willen hiermee uitdrukkelijk géén andere oplossing verdedigen dan traditioneel in het Franse en Belgisch recht wordt voorgestaan, wel deze klassieke oplossing beter onder woorden brengen.

Het voordeel van deze formulering is dat ze een beter inzicht geeft in de positie van de verkrijger van het aandeel vóór de verdeling. Deze beschikkingsonbevoegdheid laat immers reeds vóór de verdeling (dus hangende de voorwaarde) haar effect voelen en is dus niet louter een gebrek dat eventueel retroactief een beschikkingshandeling kan aantasten. Vóór het eventuele geval dat het betrokken goed in de kavel valt van de deelgenoot die de zakelijke deelgerechtigdheid heeft overgedragen, heeft de verkrijger van deze zakelijke deelgerechtigdheid geen actueel zakelijk recht :

- De andere deelgenoten kunnen bij de verdeling van de boedel de verkrijger van een aandeel in een

44. Cass. 9 september 1994, *RW* 1994-95, 987, *T. Not.* 1995, 225, *A.C.* 1994, 711, concl. D'HOORE, *Pas.* 1994, I, 697.

45. Cass. 22 december 2006, *TBBR* 2007, 365, noot R. JANSSEN en M.E. STORME, *RW* 2006-07, 1411, noot S. MOSSELMANS.

46. Cass.-req. (fr.) 29 februari 1904, *S.* 1904, I, 216, *D.* 1905, I, 7.

47. M.E. STORME, “Noch terugwerking, noch overdracht”, *TPR* 2004, 664, nr. 12.

48. M.E. STORME, “Noch terugwerking, noch overdracht”, *TPR* 2004, 664-665; zie reeds M.E. STORME, “Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud : een poging tot systematisatie”, in *Het zakenrecht : absoluut geen rustig bezit*, Kluwer, 1992, 403-510.

afzonderlijk goed als onbestaande beschouwen<sup>(49)</sup>. KLUYSKENS spreekt van de niet-tegenwerpelijheid van de overdracht aan de andere deelgenoten<sup>(50)</sup>.

- De verkrijger van een aandeel in een afzonderlijk goed van een boedel heeft ook geen gebruiksrecht<sup>(51)</sup>. Evenmin heeft hij een aanspraak op een deel in de opbrengsten of vruchten van het betrokken goed<sup>(52)</sup>.
- De verkrijger van het aandeel in een afzonderlijk goed van de boedel put uit art. 815 BW ook geen eigen recht om de verdeling te vorderen<sup>(53)</sup>. Ook in deze zin wordt hij geen deelgenoot. Hij heeft uiteraard wel de rechten die elke persoonlijke schuldeiser van een deelgenoot heeft.
- Omgekeerd kan de deelgenoot die het aandeel heeft vervreemd, nog altijd een beroep op art. 815 BW doen om de verdeling op gang te brengen van de ganse boedel, inclusief het goed waarvan hij zijn aandeel heeft vervreemd<sup>(54)</sup>.

Het voorwerp van een overdracht van zakelijke deelgerechtigdheid in een afzonderlijk goed van een boedel is dan ook slechts een eventueel, dit is een toekomstig en onzeker, zakelijk recht<sup>(55)</sup>. We onderschrijven dan ook deze bespreking van het arrest-Molenaers :

*“De verkrijger wordt geen deelgenoot, geen mede-eigenaar (hoewel het Cassatie-arrest dit niet met zoveel woorden zegt); hij heeft slechts een vorderingsrecht, hij is de schuldeiser van de deelgenoot-verkoper”*<sup>(56)</sup>.

**35. Onmogelijkheid van overdracht in afzonderlijke maatschapsgoederen.** Voor de ontbonden maatschapsonverdeeldheid geldt dezelfde regeling op grond van art. 55 W.Venn. (oud 1872 BW).

Bij een actieve onverdeelde boedel zoals de maatschap vóór ontbinding geldt dit bezwaar zo mogelijk nog sterker dan bij een vereffeningsboedel zoals de onverdeelde nalatenschap. Meestal wordt dit zo uitgedrukt : het retroactieve effect van art. 883 BW speelt in de maatschap slechts vanaf de ontbinding. Dus : beschikking over een aandeel in een gebonden maatschapsonverdeeldheid kan zelfs niet door het retroactieve effect worden gevalideerd.

De praktische inzet van het verschil in toepassing tussen de onverdeelde nalatenschap en de maatschapsonverdeeldheid komt aan bod in § 4.B.

De oplossing in de maatschap stelt wel opnieuw in het licht dat het zgn. retroactief effect in de klassieke betekenis van het woord geen verklaring biedt voor de onoverdraagbaarheid van zakelijke deelgerechtigdheden in de afzonderlijke goederen van de boedel. Immers, indien dit retroactief effect slechts terugwerkt *tot aan* de ontbinding, hoe wordt dan *vóór* de ontbinding de (nochtans algemeen aanvaarde) onoverdraagbaarheid verklaard ?

Een betere manier van voorstellen is dat in een boedel het uitgangspunt is : een individuele deelgenoot is beschikkingsonbevoegd omtrent de aandelen in de afzonderlijke onverdeelde boedelgoederen. Waarom dit in de onverdeelde nalatenschap traditioneel anders wordt voorgesteld, verklaren we later in § 4.B.

## **F. Conclusie : de onverdeelde nalatenschap (en dus de maatschapsboedel) is een afgescheiden vermogen**

**36. Onverdeelde nalatenschap als afgescheiden vermogen.** De onverdeelde nalatenschap kan, na analyse van bovenstaande rechtsgevolgen, als een afgescheiden vermogen worden gekwalificeerd zoals gedefinieerd in nr. 6. Er is immers sprake van :

- één of meerdere goederen, de onverdeelde boedelgoederen;
- waarbij de boedelschuldeisers als enigen een verhaalsrecht hebben op deze goederen (zie nr. 27-30);
- waarbij de zakelijke rechten van deze goederen op naam staan van de erfgenamen als dragers van de onverdeelde nalatenschap, die daarnaast nog andere persoonlijke goederen en persoonlijke schuldeisers hebben; en
- waarbij de zakenrechtelijke aanspraken van de erfgenaam en van hun privécrediteuren ten aanzien van de boedelgoederen een “nettoaanspraak” is.

Bij dit laatste punt is het relevant dat het zakelijke recht van de erfgenamen (en van hun persoonlijke schuldeisers) wordt uitgehold door :

49. P. VANDERNOTTE, “Droits des créanciers d’une société”, *Annales de droit commercial* 1898, 440.

50. A. KLUYSKENS, *Zakenrecht*, 105.

51. Cass. fr. (civ.) 17 oktober 1973, *Bull. civ.* 1973, I, nr. 271.

52. J. PATARIN, “Observations”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1981, 667, nr. 5.

53. H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire du droit civil Belge*, IX, 760, nr. 1089.

54. O. CAMBRON, *Traité de la copropriété*, 71, nr. 138.

55. R. DEMOGUE, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, uittreksel uit *Revue trimestrielle de droit civil*, Parijs, Sirey, 1906, 10.

56. M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, “Erfenissen. Overzicht van rechtspraak (1988-1995)”, *TPR* 1997, 364, nr. 288.

- het verhaalsrecht van de nalatenschapscrediteuren (zie nr. 27-30);
- de eventuele vereffening van de nalatenschap op initiatief van deelgenoten (zie nr. 16-18);
- de automatische vereffening in het belang van de erfgenamen door de “inbreng van schulden” (zie nr. 20-25); en
- de beschikkingsonbevoegdheid van een individuele erfgenaam over de aandelen in de afzonderlijke boedel goederen (zie nr. 31-34).

**37. Maatschapsonverdeeldheid ook afgescheiden vermogen.** In de recente vennootschapsdoctrine is het afgescheiden vermogen van de maatschapsonverdeeldheid de meerderheidsopvatting geworden<sup>(57)</sup>.

Terecht (zie ook nr. 19, 26, 30 en 35).

Formeel kan dit voor de ontbonden maatschapsonverdeeldheid worden gesteund op de schakelbepaling van art. 55 W.Venn. (oud art. 1872 BW). Deze bepaling verwijst voor de verdeling van de ontbonden maatschapsgemeenschap naar de regels voor de onverdeelde nalatenschap. Als de onverdeelde nalatenschap een afgescheiden vermogen vormt om de voornoemde redenen, geldt dit ook (en zelfs *a fortiori*, zie nr. 39) voor de ontbonden maatschapsboedel.

Het is de logica zelve dat, indien het boedelkarakter geldt voor deze onverdeeldheden indien ze ontbonden zijn, dit ook - en *a fortiori* - daarvóór geldt, indien ze nog “gebonden” zijn.

Recent werd, tegen de actuele meerderheidsstrekking in, een andere opinie verdedigd<sup>(58)</sup>. Deze mening kunnen we niet volgen, omdat er wordt voorbijgegaan aan hogervermelde argumenten die maken dat ook de onverdeelde nalatenschap een afgescheiden vermogen vormt. Frappant is dat voor het afwijzen van een preferentie van de maatschapsschuldeisers op de onverdeelde maatschapsgoederen uitgebreid wordt verwezen naar François Laurent<sup>(59)</sup>; dit terwijl bv. op vlak van vermogensafschieding door de figuur van de “inbreng van schulden” Laurent zelfs in zijn eigen tijd een stelling verdedigde die niet langer die van de rechtspraak was (zie hoger nr. 25).

### 38. Toepassingsgebied. Niet : “inbreng in genot”.

De vastknoping van het afgescheiden vermogen van de maatschap aan haar karakter van onverdeelde boedel laat ook toe te verklaren waarom de maatschapsschuldeisers enkel een bevoorrechte positie hebben t.a.v. de goederen (inclusief de onlichamelijke rechten) die in onverdeeldheid zijn ingebracht<sup>(60)</sup>. Voor goederen die enkel “bestemd” zijn voor de maatschapsactiviteit, zonder dat een zakelijk recht is ingebracht in de maatschap, geldt de bevoorrechte positie *niet*. Voor deze laatste goederen komen de maatschapsschuldeisers in concurrentie met de persoonlijke schuldeisers van de deelgenoot die eigenaar is gebleven.

Ten onrechte houdt een deel van de moderne rechtsleer voor dat de vermogensafschieding ook geldt voor de goederen waarop een louter verbintenisrechtelijk gebruiksrecht is ingebracht. Ook zulk goed zou niet door de persoonlijke schuldeisers van de inbrengende deelgenoot - die per hypothese nog eigenaar is - kunnen worden uitgewonnen, of minstens zou die uitwinning geen afbreuk doen aan de gebruiksrechten van de maatschap<sup>(61)</sup>.

Die opvatting kan niet worden gevolgd. Het louter “bestemmen” van een goed voor een (vennootschaps)doel brengt geen vermogensafschieding met zich mee (niet in een vennootschap met en niet in een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid). Een bestemming wordt slechts tegenwerpelijk aan schuldeisers indien deze vorm krijgt in een zakelijk recht.

Enkel de figuur van de onverdeelde boedel kan de vermogensafschieding bij de maatschap verklaren en het toepassingsgebied ervan aflijnen.

**39. Verschil tussen maatschap en nalatenschap (vooruitblik).** De “gebonden” maatschapsgemeenschap, d.i. onverdeelde goederen vóór verdeling, verschilt wel op essentiële punten van de onverdeelde nalatenschap :

- de onverdeelde boedel heeft niet de roeping om op korte termijn te verdwijnen : art. 815 BW is niet van toepassing;

57. Zie o.m. K. GEENS, “De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschied voor de eeuwwende” in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, 13 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, “Le droit commun de la société et la société de droit commun” in *Aspects récents du droit des contrats*, Brussel, Ed. JBB, 2001, 155 e.v.

58. K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, *Insolventierecht. Algemene Beginselen*, Gent, Story, 2013, 72 e.v.

59. *Ibid.*, 75, nr. 68.

60. K. GEENS, “De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschied voor de eeuwwende”, in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, 29, nr. 23.

61. In die zin o.a. T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, Diegem, Kluwer II, voetnoot 342; P. VAN OMMESLAGHE, “Le droit commun de la société et la société de droit commun” in *Aspects récents du droit des contrats*, 216.

- de onverdeelde boedel heeft een actieve doelstelling, nl. het vennootschapsdoel en is meer dan een toevallige liquidatiegemeenschap;
- tussen de deelgenoten bestaat een contractuele verhouding; en
- de boedel heeft een systeem van bestuur en vertegenwoordiging dat geraffineerder is dan de regel van de unanimiteit bij de onverdeelde nalatenschap en dat in de regel ook verder contractueel zal zijn uitgewerkt.

Hierdoor zal in de maatschapsonverdeeldheid het karakter van afgescheiden vermogen nog meer dan in de onverdeelde nalatenschap tot uiting komen in een volwaardige “netto”-vereffening. Dit komt nu aan bod in § 3. Later in § 4 bespreken we hoe het verschil op vlak van vereffening tussen maatschap en nalatenschap zijn schaduw vooruitwerpt voorafgaand aan de vereffening.

### § 3. Verschillen tussen de onverdeelde boedel in het erfrecht en het vennootschapsrecht : ná ontbinding van de maatschap

#### A. Waarom is er geen volwaardige “netto”-vereffening van de onverdeelde nalatenschap?

**40. 815 BW (pro memorie).** De eigen doelstellingen van de erfovergang verklaren waarom de vereffening van de onverdeelde nalatenschap verschilt van andere onverdeelde boedels, die we “actieve” boedels noemen, zoals de maatschap, de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid<sup>(62)</sup>, de scheepsonverdeeldheid (art. 55-57 Zeewet)<sup>(63)</sup>, of het beleggingsfonds<sup>(64)</sup>. Waar de vereffening van de (onverdeelde) nalatenschap in de eerste plaats gebeurt in het belang van de erfgenamen, komen bij actieve onverdeelde boedels de belangen van de zaakcrediteuren meer op de voorgrond.

Het onderscheid tussen “actieve” boedels en de onverdeelde nalatenschap krijgt vooral aandacht bij de vraag naar de duurzaamheid van de boedel : in welke mate kan een deelgenoot of een schuldeiser van een deelgenoot de verdeling vorderen. Tekenend is het bekende art. 815 BW : “*Niemand kan worden genoodzaakt om in onverdeeldheid te blijven; [...]*”. Art. 815 BW kan verklaard worden als een gevolg van de eigen doelstellingen van de onver-

deelde nalatenschap, die de roeping heeft zo snel mogelijk te verdwijnen.

We gaan hier niet in op de vraag of art. 815 BW (en art. 1561 Ger.W.) niet van toepassing zijn op actieve boedels<sup>(65)</sup>. Voor de maatschap is het nooit ernstig betwist geweest dat art. 815 BW niet van toepassing is om de onverdeelde maatschapsgoederen vóór de ontbinding van de maatschap. Daarmee is art. 815 BW een eerste voorbeeld dat aantoonst dat de regels inzake de vereffening van de onverdeelde nalatenschap niet zomaar op de maatschapsonverdeeldheid kunnen worden gecalculeerd.

**41. Band met de bruto-erfovergang.** Dat een volwaardige vereffening geen noodzakelijke voorwaarde vormt om te spreken van een afgescheiden vermogen, wordt het meest treffend geïllustreerd door hét onbetwiste afgescheiden vermogen : het vermogen zelf van een natuurlijke persoon. Bij het overlijden van een natuurlijke persoon wordt zijn vermogen in de regel niet vereffend ten voordele van zijn schuldeisers : er is sprake van bruto-overgang. Bij het overlijden van de “drager” van een vermogen dient het lot van de rechten en verplichtingen van dat vermogen te worden geregeld. “*L’homme passe, ses biens et ses droits demeurent*”<sup>(66)</sup>.

In het systeem van de *Code civil* gaan de voor overgang vatbare rechten van de erflater rechtstreeks over naar de erfgenamen vanaf het ogenblik van het overlijden. In termen uit het constitutioneel recht : *le roi est mort, vive le roi*. Het vermogen gaat in beginsel onmiddellijk over naar de erfgenamen; er is geen tussenperiode met een *hereditas iacens*, een subjectloze nalatenschap of een nalatenschap die zelf rechtssubject is.

Rechten en plichten van de erflater gaan “bruto” over naar de erfgenaam. Dit heeft twee belangrijke gevolgen :

- (i) de schuldeisers van de erflater verliezen hun exclusief verhaalsrecht op de nalatenschapsgoederen en dienen de samenloop te ondergaan met de schuldeisers van de erfgenaam; en
- (ii) de erfgenaam is onbeperkt aansprakelijk voor de schulden van de erflater, ook op goederen die niet uit de nalatenschap komen, ook als de schulden van de erflater de waarde van zijn goederen overtreffen (zie over de aard van de aansprakelijkheid nr. 20).

62. Zie J. VANANROYE, *Morele wezens en wetsonthullende monniken. Over de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 30 p.

63. Zie J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 237-238, nr. 335.

64. Zie J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 239-240, nr. 336.

65. Zie daarover : J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 246-257, nr. 341-348.

66. “Discours de Siméon”, 19 april 1803, Locré, V, 132.

De zgn. “boedelafscheiding” (art. 878 BW) is géén tegenvoorbeeld; het leidt immers niet tot een volwaardige vereffening van de nalatenschap<sup>67)</sup>. Het geeft louter een voorrecht op de erfgoederen nadat ze zijn uitgekeerd aan de erfgenamen, desgevallend uitgehold door een gedeeltelijke vereffening die in het belang van andere nalatenschapsschuldeisers of de erfgenamen zelf is gebeurd.

De beneficiaire aanvaarding (art. 793 e.v. BW, ook : aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving) is wél een tegenvoorbeeld. Net zoals bij de ontbinding van de rechtspersoon gebeurt er in dat geval een volwaardige vereffening<sup>68)</sup>. Op de beneficiaire aanvaarding wordt hier niet verder ingegaan<sup>69)</sup>. De beneficiaire aanvaarding hangt immers af van het initiatief van een erfgenaam (en dus niet van een schuldeiser van een erflater). Bovendien kent het maatschapsrecht geen gelijkaardige mogelijkheid; het is dus geen figuur die nuttig is als bron van rechtsvinding voor de maatschap.

Op het eerste gezicht klinkt de afwezigheid van een volwaardige vereffening van een nalatenschap (tenzij op initiatief van een erfgenaam bij beneficiaire aanvaarding) weinig verwonderlijk, gezien de traditionele weerzin in de Frans-Belgische rechtstraditie tegen afgescheiden vermogens. De nalatenschap is echter niets anders dan het *vermogen* van de erflater. En het vermogen van een natuurlijke persoon is nu net hét voorbeeld - historisch zelfs het enige onomstreden voorbeeld - van vermogensafscheiding. De logische consequentie van deze vermogensafscheiding zou zijn dat deze ook bij de vermogensovergang gestalte krijgt in een vereffening.

*Quod non.* Dit is minder vanzelfsprekend dan het misschien uit gewoonte lijkt.

Bij meerdere erfgenamen gebeurt de overgang van de erflater naar de individuele erfgenaam via de tussenstap van de onverdeelde nalatenschap. Die tussenstap zal uiteraard beïnvloed worden door de bruto-erfovergang in het algemeen.

Twee vragen - die nauw verband houden - dienen daarom te worden onderscheiden : (i) waarom is er een bruto-overgang van nalatenschap in het algemeen (nr. 42) en (ii) waarom is er in beginsel geen volwaardige vereffening van de onverdeelde nalaten-

schap indien er meerdere erfgenamen zijn (nr. 43). De regels voor de erfovergang (eerste vraag) kleuren de manier waarop de erfboedel wordt vereffend (tweede vraag).

**42. Waarom is er geen vereffening van de nalatenschap in het algemeen ?** De exclusiviteit van de verhaalsaanpakken van de schuldeisers van de erflater verdwijnt bij het overlijden door de bruto-erfovergang. De nalatenschapsschuldeisers dienen in principe op de nalatenschapsgoederen de concurrentie te dulden van de persoonlijke schuldeisers van de erfgenamen.

De vraag rijst waarom ons recht geen netto-overgang van het vermogen van de erflater kent. In rechtsvergelijkend perspectief en vanuit het *passif propre* als kenmerk van het afgescheiden vermogen van de erflater is vooral het eerste aspect immers verre van evident. We beperken ons hier tot de belangrijkste redenen<sup>70)</sup> :

1. *Erfrecht in natura.* De afwezigheid van een volwaardige vereffening van de nalatenschap houdt uiteraard verband met het erfrecht in natura dat ons recht aan de erfgenamen toekent. Het doel van het erfrecht in natura is in de eerste plaats het in de familie behouden van de goederen van de erflater<sup>71)</sup>. De wens om de goederen als dusdanig in de familie te houden, verzet er zich ook tegen dat de nalatenschap volwaardig wordt vereffend. Dit zou immers impliceren dat de activa te gelde worden gemaakt om de passiva te voldoen, en dus niet in natura kunnen overgaan naar de erfgenaam.

2. *Continuïteit in de uitbating.* Nalatenschapsgoederen, of een deel ervan, vormen vaak een economische eenheid, in het bijzonder als ze een onderneming of een andere feitelijke algemeenheid vormen. Het geheel in continuïteit is dan meer waard dan de som van de liquidatie-waarde van de onderdelen.

Praktisch gezien is voor veel rechtsverhoudingen de identiteit van het vermogen (bv. een bepaalde onderneming) van groter belang dan de identiteit van de drager van dat vermogen. De brutovermogensovergang laat toe dat de drager van een vermogen verandert, terwijl de vermogensrechtelijke verhoudingen ongewijzigd blijven. De erfgenaam wordt voor de

67. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 94-95, nr. 154.

68. J. RENAULD en P. COPPENS, “La notion de concours entre créanciers, son application au régime des sociétés dissoutes et des successions acceptées sous bénéfice d’inventaire”, *RCJB* 1965, 111.

69. Zie J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 95-98, nr. 155-158, waarin wordt geïllustreerd hoe de nalatenschap, ook met één erfgenaam, in dat geval een afgescheiden vermogen vormt.

70. Zie uitgebreid J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 98 e.v., nr. 159 e.v.

71. E.M. MEIJERS, *Erfrecht*, 308.

meeste vermogensrechtelijke verhoudingen behandeld *alsof* hij de erflater is. De discontinuïteit in de drager van de nalatenschap kan hierdoor gepaard gaan met een continuïteit in de vermogensrechtelijke verhoudingen van de nalatenschap. Het vermogen wordt een rijdende wagen die in volle vaart van chauffeur kan veranderen, zonder stoppen of afremmen.

Dat het vermogen van de erflater door de bruto-erfovergang als een *going concern* kan worden overgedragen, kan ook in het belang van de schuldeisers van de erflater zijn. De belangen van een medecontractant kunnen immers niet worden gereduceerd tot zijn verhaalspositie. Zeker als de erfgenamen solvent zijn, kan het in het voordeel van een schuldeiser van de erflater zijn dat de rechtsverhouding wordt verdergezet. Het alternatief zal vaak minder aantrekkelijk zijn: een lopend contract verbreken in het kader van een vereffening en de verbrekingsvergoeding verhalen op de boedel.

Die continuïteit wordt sprekend uitgedrukt in art. 1122 BW: de erfgenaam treedt van rechtswege in de rechten en verplichtingen van zijn rechtsvoorganger. In het algemeen en in het bijzonder ten aanzien van de overeenkomsten afgesloten door de erflater, geldt de erfgenaam niet als een derde<sup>(72)</sup>. Indien het vermogen wordt overgedragen naar een andere drager, wordt de rechtsverhouding daarom niet beëindigd, maar stapt de verkrijger in de schoenen van zijn voorganger. Niet voor niets heeft het vennootschapsrecht de laatste decennia leentjebuurt gespeeld bij het erfrecht en de vermogensovergang zonder vereffening gekopieerd in herstructureringsoperaties zoals de fusie, de splitsing en de inbreng en overdracht van een bedrijfstak of een gemeenschap<sup>(73)</sup>.

**3. Nadelen en kosten van een vereffening.** Een volwaardige vereffening vereist echter altijd een tijdelijke, minstens gedeeltelijke, “bevrozing” van de te vereffenen boedel. Voordat de schulden van de boedel betaald zijn, kan de titularis van de boedel deze goederen niet meer aanwenden naar eigen inzicht, maar zijn ze onderworpen aan de doelstellingen van het vereffeningsbewind. Hierdoor wordt het moeilijk voor de erfgenamen om de goederen meteen optimaal in te schakelen in het economisch verkeer<sup>(74)</sup>.

Een vereffening biedt de schuldeisers enkel waarborgen in de mate zij correct gebeurt, in de zin dat diligent en te goeder trouw alle activa en passiva worden opgespoord en voor mekaar bestemd. Een vol-

waardige vereffeningsprocedure maakt dan ook de aanstelling noodzakelijk van een bewindvoerder, die bij voorkeur “neutraal” is (in de zin dat hij als erfgenaam geen aan de nalatenschapsschuldeisers tegengesteld belang heeft). Minstens dient er een vorm van controle op de vereffening door de erfgenaam zelf te zijn (zie rudimentair in art. 804 BW voor de beneficiëaire aanvaarding). Ook dit brengt vereffeningskosten mee die de nalatenschap bezwaren.

De afwezigheid van een “eigen belang” in hoofde van een neutrale bewindvoerder, maakt dat deze vaak niet genoeg prikkels heeft om de vereffening te benaarstigen.

Ook mag niet worden vergeten dat het bestaan en de omvang van bepaalde passiva en activa (met name vorderingen op derden) vaak onzeker en/of betwist zullen zijn, wat de vereffening en het daarbij horend immobilisme erg kan rekken. Het klassieke probleem van activa en passiva die opduiken na de vereffening van een rechtspersoon, illustreert bovendien dat zelfs bij een correcte vereffening het zeer moeilijk is om precies het nettoactief of -passief vast te stellen.

Een volwaardige vereffening vereist bovendien in de regel de realisatie van activa, wat op zichzelf zorgt voor bijkomende kosten. Een bruto-overgang vermijdt deze kosten, doordat de erfgenamen de goederen zelf krijgen en niet een deel van hun verkoopopbrengst.

**43. Waarom is er geen volwaardige vereffening van de onverdeelde nalatenschap?** Het uitgangspunt van de erfovergang bleek de onmiddellijke overgang van activa en passiva te zijn, zonder een vereffening ten voordele van de schuldeisers van de erflater. Bij meerdere erfgenamen met een erfrecht in eigendom rijst hierbij meteen een probleem, meer bepaald voor de activa (eenvoudigheidshalve laten we de hypothese van een erfgenaam met een erfrecht in vruchtgebruik hierna buiten beschouwing).

Activa zijn immers niet onmiddellijk deelbaar tussen de erfgenamen. De onmiddellijke bruto-overgang bij meerdere erfgenamen noopt daarom tot een tussenstap tussen de eigendom van de erflater en de eigendom van de individuele erfgenamen: een vorm van mede-eigendom tussen de erfgenamen waarbij de activa pas door een verdeling in volle eigendom naar de vermogens van de erfgenamen overgaan. De onverdeelde nalatenschap is bij meerdere erfgenamen een noodzakelijk kwaad.

72. Zie E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Kluwer, 1984, 27, nr. 11.

73. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 127 e.v., nr. 194 e.v.

74. J. PERCEROU, “La liquidation du passif héréditaire en droit français”, *R.T.D.Civ.* 1905, 604.

Door het ontstaan van de onverdeeldheid verandert de kosten-batenanalyse van een vereffening vergeleken met een erfovergang naar één erfgenaam :

1. Het grote voordeel van de bruto-overgang, nl. dat de erfgoederen meteen en als een *going concern* door de erfgenamen te eigen nutte kunnen worden gebruikt, kan niet in dezelfde mate worden waargemaakt bij een onverdeeldheid. De activa in onverdeeldheid zijn uit de aard zelf in zekere mate geïmmobiliseerd door de beschikkingsonbevoegdheid van de individuele deelgenoten over de goederen van de nalatenschap (zie nr. 31-34). Deze beschikkingsonbevoegdheid treft ook de persoonlijke schuldeisers van de erfgenamen (zie nr. 27 over art. 1561 Ger.W.). De boedel zelf kent een primitief bestuursregime met de unanimiteit als star uitgangspunt (art. 577-2, § 6 BW).

2. Van dit “immobilisme” - positiever uitgedrukt : van deze autonomie aan de actiefzijde - wordt gebruikgemaakt om de affectatie van deze goederen aan de passiefzijde, voor de nalatenschapsschuldeisers, te laten doorleven<sup>(75)</sup>. De preferentie van de nalatenschapsschuldeisers is daarmee het corollarium van de autonomie van de onverdeelde boedel aan de actiefzijde. Als de activa “afgescheiden” worden van het vermogen van de individuele deelgenoten en hun schuldeisers, is het logisch dat deze afscheiding ook aan de passiefzijde wordt doorgetrokken door een verhaalsvoorrang voor de nalatenschapsschuldeisers.

3. Deze verhaalsvoorrang behoudt slechts, voor de duur van de onverdeeldheid, wat door de bruto-erfovergang in principe aan de kant wordt gezet, nl. het exclusief verhaal van de schuldeisers van de erflater op het vermogen van de erflater. Deze vermogensafscheiding van de onverdeelde nalatenschap is niets meer dan het voortleven van de vermogensafscheiding die bestond *vóór* het overlijden van de erflater. Anders gezegd : wat eigenaardig is, is dat de verhaalsvoorrang van de schuldeisers van de erflater in de regel verdwijnt bij de erfovergang, niet dat deze verhaalsvoorrang behouden blijft voor de duur van de onverdeelde nalatenschap.

4. Niet alle argumenten tegen een volwaardige vereffening verdwijnen. Zo blijft er het uitgangspunt van ons recht dat de erfgoederen bij voorkeur in de familie blijven. Een volwaardige vereffening zou ook kosten en nadelen meebrengen die verder gaan dan de verdeling van de boedel.

De eigenaardige conclusie van deze overweging is een onverdeelde nalatenschap die een afgescheiden vermogen vormt, die duidelijke elementen van een vereffening kent zoals de “inbreng van schulden” of de mogelijkheid van vereffening op initiatief van deelgenoten, maar die geen volwaardige en automatische vereffening in het belang van de nalatenschapsschuldeiser vooropstelt<sup>(76)</sup>. Dit ambigue karakter wordt ook uitgedrukt door het eigenaardige begrip “vereffening-verdeling”, een term die mooi de bricolage van elementen van een “bruto”-erfovergang en een “netto”-vereffening in het licht stelt.

De onverdeelde nalatenschap is een boedel met een “zwakke” doelstelling : de vorming van individuele kavels in het verlengde van de bruto-overgang van de nalatenschap. We willen nu argumenteren dat dit vereffeningsmodel niet zomaar op de onverdeelde maatschapsboedel kan worden toegepast.

## B. Waarom in een maatschap een volwaardige “netto” vereffening wél de regel is

**44. Art. 55 W.Venn.** De vereffening van de maatschap krijgt in de literatuur doorgaans weinig aandacht. Art. 55 W.Venn. verwijst hiervoor naar “*de regels betreffende de verdeling van de nalatenschappen, de vorm van die verdeling en de verplichtingen die daaruit tussen de mede-erfgenamen ontstaan*”. We willen hier argumenteren dat dit zo gelezen moet worden dat de “netto”-vereffeningselementen, die bij de onverdeelde nalatenschap in de kiem bestaan, verder moeten worden doorgetrokken.

Voor deze interpretatie bestaat een sterk historisch precedent. Minstens vanaf de *Code de commerce* van 1807 tot aan de Vennootschapswet van 1873 werd ook voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid verwezen naar de regels voor de vereffening van de nalatenschap. De huidige regel, dat tijdens de vereffening de rechtspersoonlijkheid blijft voortbestaan, stond nog niet in de wet. Zonder dat we hier kunnen ingaan op het oude vereffeningsregime van de rechtspersoon, werd ook ondanks die verwijzing naar de nalatenschap aangenomen dat een volwaardige vereffening in het belang van de deelgenoten diende te gebeuren<sup>(77)</sup>.

Wat gelijk is tussen onverdeelde nalatenschap en maatschapsboedel, is dat een netto-vereffening op

75. J. VAN BIERVLIET, *Les sujets collectifs*, 9; M. SCHUSTER, *Le principe de l'autonomie de la masse héréditaire*, 169 en 238; Y.-H. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1996, 340, nr. 538.

76. P. THUYSBAERT, *De vereffening van het passief der nalatenschap in ons recht* in *Mededelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Klasse der Letteren*, Jaargang XXIII, 1961, nr. 2, 14.

77. Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, Diegem, Kluwer, 2007, 12, nr. 7.



initiatief van de maten tegenwerpelijk is aan de persoonlijke schuldeisers van de maten (zie hoger nr. 18)<sup>78)</sup>. Waar de maatschap verder gaat, is dat één maat de andere maten kan dwingen tot een volwaardige vereffening én dat er samenloop is (m.a.w. dat ook de maatschapsschuldeisers recht hebben op een volwaardige vereffening). We bespreken nu eerst de verantwoording hiervoor (nr. 45), om vervolgens er de concrete uitwerking van te zien (nr. 46).

**45. Waarom een volwaardige vereffening zich opdringt.** De verantwoording voor de “bruto”-verdeling bij de onverdeelde nalatenschap gaat daarom niet op voor de maatschapsonverdeeldheid, ook niet als die een vereffeningsdoelstelling heeft<sup>79)</sup>.

- *Typisch erfrechtelijke overwegingen spelen niet.* De afwezigheid van een automatische volwaardige vereffening wordt bij de onverdeelde nalatenschap verklaard door haar plaats als “noodzakelijk kwaad” binnen de “bruto”-erfovergang van erflater naar erfgenaam (nr. 43). Deze context van een “bruto”-erfovergang speelt niet bij een maatschap.

- *Belangen van boedelschuldeisers wegen zwaarder door in de maatschap.* Voor de nalatenschap stelt de wetgever de belangen van de erfgenamen hoger dan die van de gemeenschappelijke schuldeisers. Indien de insolventie van een erfgenaam een verbreking van de gelijkheid tussen de deelgenoten tot gevolg heeft, kunnen de deelgenoten een beroep doen op het mechanisme van de “inbreng van schulden”, waardoor ze vóór de gemeenschappelijke (en uiteraard ook voor de persoonlijke) schuldeisers worden voldaan (nr. 24). De gelijkheid tussen de schuldeisers (gewaarborgd door een volwaardige vereffening) moet hier wijken voor de gelijkheid tussen de erfgenamen.

In de maatschap is deze preferente behandeling van deelgenoten ten nadele van maatschapsschuldeisers minder te verantwoorden dan in de onverdeelde nalatenschap. De maten zijn uit vrije wil toegetreden tot de maatschapsgemeenschap. Het gaat hier om een actieve boedel, waarbij de preferente positie van de maatschapsschuldeiser de maten net toelaat om hun doelstellingen te verwezenlijken. Indien de maten de preferente positie van de maatschapsschuldeisers zouden kunnen ondermijnen d.m.v. de inbreng door minderneming alvorens de maatschaps-

schuldeisers zijn voldaan, brengt dit het krediet van de maatschap in gevaar. De maatschapsboedel is daarom een boedel waar het belang van de gemeenschappelijke schuldeisers voorop staat.

- *Contractuele verhouding tussen maten kleurt ook vereffening.* Met de ontbinding van de maatschap zijn de maten nog niet verlost van hun contractuele plichten jegens mekaar. Met name hun verplichting om te goeder trouw samen te werken, in casu voor de vereffening van de vennootschap, blijft bestaan. De maten hebben een onderlinge contractuele verplichting om ervoor te zorgen dat het te verdelen netto-actief zo hoog mogelijk is (of het overblijvend netto-passief zo laag mogelijk). De goede trouw tussen de maten vereist daarom dat desgevallend de vereffening (discontinuïteit van de vennootschap) gebeurt op een wijze die de continuïteit van de onderneming zoveel mogelijk respecteert, bv. doordat een vereffenaar wordt aangesteld die de onderneming aan een zo hoog mogelijke prijs overdraagt aan een ex-maat of een derde. Deze contractuele verhouding verzet zich tegen een “bruto”-verdeling die de onderneming opdeelt in kavels en zo vaak waarde zal vernietigen.

- *Geen “boedelafscheiding” of beneficiaire aanvaarding.* Een belangrijk verschilpunt met de onverdeelde nalatenschap is dat de maatschapsonverdeeldheid niet de zgn. “boedelafscheiding” kent waarbij de boedelschuldeisers in belangrijke mate de negatieve effecten van een bruto-overgang kunnen remediëren<sup>80)</sup>. Een nettoverdeling op initiatief van een boedelschuldeiser dringt zich daarom meer op dan bij een onverdeelde nalatenschap.

Een volwaardige vereffening is niet enkel in het belang van de boedelschuldeisers, maar ook in dat van de deelgenoten zelf (o.a. om regresvorderingen te voorkomen, zie hierna). In de onverdeelde nalatenschap kunnen de erfgenamen een volwaardige vereffening, met samenloop, uitlokken door een beneficiaire aanvaarding. Een beneficiaire aanvaarding is - uiteraard - niet mogelijk in een maatschap, waar de maten vrijwillig aansprakelijk zijn voor de maatschapsschulden. Ook in hun belang dient daarom een volwaardige vereffening van de ontbonden maatschapsgemeenschap op het initiatief van een maat (of zijn persoonlijke schuldeisers) mogelijk te zijn.

78. Zie Cass. 4 februari 1954, *Pas.* 1954, 488, over de vereffening van een stille vennootschap.

79. K. GEENS en J. VANANROYE, “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen” in *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 478, nr. 60; K. GEENS en M. WYCKAERT, *De vennootschap, Algemeen deel* in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 818, nr. 502.

80. Vergelijk A. DEVOS en M. VAN MEENEN, *Commentaire des lois du 18 mai 1873 et 22 mai 1886 sur les sociétés commerciales*, I, Brussel, Larcier, 1897, 71-73, nr. 70-74.

- Nettovereffening voorkomt regresvordering. Een bijkomend voordeel van een netto-vereffening voor de deelgenoten is dat hierdoor regresvorderingen tussen de deelgenoten wordt voorkomen. Een deelgenoot die op grond van zijn persoonlijke aansprakelijkheid een groter aandeel betaalt in een gemeenschappelijke schuld dan hij volgens de interne bijdrageplicht moet dragen, heeft voor wat hij te veel betaalt een regresvordering op de andere deelgenoten. Deze regresvordering brengt uiteraard kosten mee en stelt de regresnemende deelgenoot bloot aan het insolventie-risico van de andere erfgenamen. Een vereffening waarbij de gemeenschappelijke schulden worden voldaan, voorkomt deze regresproblemen.

Bij de onverdeelde nalatenschap valt de *contributio* van de erfgenamen voor de gemeenschappelijke schulden in beginsel gelijk met hun *obligatio*, zodat regresproblemen na de verdeling rijzen slechts bij uitzondering zullen rijzen (zie art. 873 BW). Een erfgenaam kan door de nalatenschapsschuldeisers normaal niet voor een groter bedrag worden aangesproken dan het stuk dat deze erfgenaam in de interne verhouding met de andere erfgenamen moet dragen.

In de maatschap daarentegen zal het eerder uitzonderlijk zijn dat *obligatio* en *contributio* gelijk zijn. De *obligatio* is dwingend geregeld in art. 52-54 W.Venn. (oud art. 1863 BW en art. 192 Venn.W.) : in een burgerlijke maatschap is elke (openbare) maat voor een gelijk deel gehouden tot de gemeenschappelijke schulden, in een commerciële maatschap geldt de hoofdelijke aansprakelijkheid. Hun *contributio* kunnen de maten vrij afspreken in de vennootschaps-overeenkomst, binnen de ruime grenzen van het dwingend recht (vnl. het verbod op leonijns beding). Bij gebreke van afspraak geldt dat de bijdrage tot de schulden de bijdrage in de winst volgt, die naar aanvullend recht in verhouding staat met de inbreng (art. 30 W.Venn.; oud art. 1853 BW).

Een “netto”-vereffening vermindert het risico op een aanslepende reeks van regresvorderingen tussen de maten. Het is veel praktischer eerst de vennootschapsschulden te voldoen, alvorens de resterende activa te verdelen. Indien bij de vereffening van de maatschap een netto-passief blijkt, kan op dat ogenblik van de deelgenoten worden geëist dat ze in verhouding met hun *contributio* bijdragen in de verliezen van de vennootschap.

**46. Hoe een volwaardige vereffening zich manifesteert.** De ontbinding betekent goederenrechtelijk

dan ook niet meer dan dit : de voormalige maten kunnen de verdeling (begrijp : de vereffening) vorderen op grond van art. 815 BW. Hun persoonlijke schuldeisers verkrijgen een recht hiertoe op grond van art. 1561 BW. Verder blijft naar het model van de ontbonden rechtspersoon, in de klassieke uitdrukking van MAEIJER in Nederland, de vennootschapsrechtelijke goederengemeenschap bestaan voor de doeleinden van de vereffening<sup>(81)</sup>. Of zoals TILQUIN en SIMONART het terecht uitdrukken : *la nature complexe du fonds social se poursuit donc durant la liquidation*<sup>(82)</sup>. Concreet betekent dit het volgende :

- Vereffenaar i.p.v. vereffening-verdeling door boedelnotaris. De procedurevoorschriften van het Ger.W. voor de verdeling zijn geschreven voor verdelingen in natura tussen deelgenoten die zich zonder vrije keuze in gemeenschap bevinden. De regels voor de verdeling in het Ger.W. hebben daarom slechts een zeer beperkte waarde voor de maatschap.

In de maatschap zal een vereffening gebeuren door een vereffenaar, die benoemd wordt overeenkomstig de statuten, of bij gebreke daarvan op vraag van een maat of (maatschaps- of persoonlijke) schuldeisers<sup>(83)</sup>. Zulke vereffenaar heeft veel meer bevoegdheden dan een boedelnotaris in het kader van een vereffening-verdeling.

- Samenloop. De afwezigheid van een volwaardige vereffening maakt in de onverdeelde nalatenschap dat de positie van boedelschuldeisers verschillend is naargelang de “kwaliteit” van hun vordering :

- Boedelschuldeisers met een uitvoerbare titel kunnen de boedelgoederen uitwinnen en genieten daarbij een preferentie (zie nr. 29).
- Boedelschuldeisers zonder uitvoerbare titel kunnen de nalatenschapsgoederen niet uitwinnen en dienen een brutoverdeling te ondergaan.
- Boedelschuldeisers die toevallig ook erfgenaam zijn, genieten door de figuur van de “inbreng van schulden” altijd van een vereffening in hun voordeel, ongeacht of ze een uitvoerbare titel hebben (zie nr. 25).

In de maatschap is het moeilijk aanvaardbaar dat op deze manier de gelijkheid tussen de maatschapsschuldeisers wordt doorbroken. Zowel schuldeisers met als schuldeisers zonder een titel waarmee uitvoerend beslag kan worden gelegd, hebben er immers belang bij dat zij hun preferente verhaalspositie t.a.v. de gemeenschappelijke goederen kunnen realiseren als dit onderpand verdwijnt. Een collectieve vereffe-

81. J. MAEIJER, *Bijzondere overeenkomsten in Asser-serie*, 5-V, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1995, 372, nr. 324.

82. T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, II, 316-317, nr. 1672.

83. Zie ook F. LEPINOIS, *Traité de la transcription, des privilèges et des hypothèques*, Luik, Godenne, 1898, V, 252, nr. 2051.

ning, waarbij alle gemeenschappelijke schulden opeisbaar worden en *pro rata* worden betaald uit de opbrengst, dringt zich daarom op bij de maatschap.

Dit betekent dat ook de ontbinding van een maatschap samenloop doet ontstaan, net zoals de ontbinding van een rechtspersoon. Net als bij de ontbinding van een rechtspersoon, verdwijnt na afsluiting van de vereffening het vermogen waarop ze een bevoorrechte aanspraak hebben. Dit betekent dat het zich opdringt dat de onderlinge rechten worden gefixeerd en collectief vereffend. De ontbinding van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid wordt niet teruggevonden bij de klassieke opsomming van gevallen van samenloop. Toch dient samenloop te worden aanvaard bij de invereffeningstelling van elk afgescheiden vermogen<sup>(84)</sup>. Ook als dit afgescheiden vermogen geen rechtspersoon is.

## § 4. Verschillen tussen de onverdeelde boedel in het erfrecht en het vennootschapsrecht : vóór ontbinding van de maatschap

### A. Anticiperen op vereffening bij overdracht van aandelen?

**47. Overdracht van onverdeeld boedelgoed ná overdracht van één aandeel daarin.** Hoger in nr. 32-34 bespraken we de beschikkingsonbevoegdheid van een deelgenoot over zijn aandelen in de afzonderlijke boedelgoederen.

Met STORME werd vastgesteld dat *“in die gevallen waarin de verdeling zagezegd retroactief werkt, deelgenoten gewoon niét bevoegd zijn om voor eigen rekening te beschikken over een aandeel in een afzonderlijk goed van een ruimere (gebonden of ontbonden) gemeenschap”*<sup>(85)</sup>. Van een validatie is sprake in het omgekeerde geval : indien een deelgenoot onbevoegd een aandeel in een afzonderlijk goed overdraagt, wordt deze overdracht toch gevalideerd indien deze deelgenoot bij de verdeling bevoegd blijkt.

Het zgn. retroactief effect van de verdeling (art. 883 BW) beschermt de verkrijger van het aandeel tegen latere vrijwillige, frustrerende handelingen van de overdragende deelgenoot. In zulk geval heeft de verkrijger van het aandeel in een goed (van één deelgenoot) bij een latere onderhandse verkoop van dat goed voor

rekening van de boedel (door alle deelgenoten, dus ook degene die het aandeel overdroeg) een recht met zakelijke werking tegen de verkrijger van het onverdeelde goed zelf<sup>(86)</sup>. Een overdracht van een aandeel in een boedelgoed door een individuele deelgenoot, belet dus dat dit goed hierna nog “onbelast” voor rekening van de boedel wordt overgedragen.

**48. Verantwoording voor regel in onverdeelde nalatenschap.** De zo-even besproken regel betekent praktisch dat een erfgenaam door een individuele handeling de collectieve handelingsvrijheid en het krediet van de boedel kan ondermijnen. De verantwoording hiervoor volgt uit de plaats van de erfboedel binnen de bruto-erfvergang :

- Vooreerst is er het principe dat de onverdeelde nalatenschap gedoemd is om te verdwijnen, op korte termijn (art. 815 BW), door een verdeling in natura. Deze verdeling in natura werpt reeds haar schaduw vooruit. Daarom kan worden gesproken van een “anticipatief” effect van de verdeling.
- Cruciaal daarbij is dat het belang van de nalatenschapsboedel nauwelijks wordt gekleurd door dat van de nalatenschapsschuldeisers, maar in de eerste plaats de gelijkheid tussen de erfgenamen zelf voorop stelt. Bij de keuze tussen het belang van een persoonlijke schuldeiser (nl. de verkrijger van het aandeel) en het belang van de boedel, begrepen als het louter belang van de deelgenoten zelf (soms ten koste van de schuldeisers), is de keuze dan ook snel gemaakt. Het boedelbelang is geen beschermwaardig belang als het wordt ingeroepen ter bescherming van derden die van één deelgenoot rechten hebben gekregen.
- Dit beperkt boedelbelang vertaalt zich ook in de afwezigheid van een gesofistikeerde bestuursregeling : beschikkingen voor rekening van de boedel vereisen in de regel de medewerking van alle deelgenoten. Belangrijk daarbij is dat in de onverdeelde nalatenschap de deelgenoot die zijn aandeel heeft overgedragen, dient mee te werken aan deze overdracht voor rekening van de boedel; beschikkingshandelingen vereisen immers in de regel unanimiteit (art. 577-2, § 6 BW). Door mee te werken aan een overdracht van het betrokken goed voor rekening van de boedel zorgt hij er immers vrijwillig voor dat de eerdere overdracht van het aandeel ooit door een toebedeling kan worden gevalideerd.

84. Zie M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 340, nr. 484 (zonder dat deze auteur dit toepast op groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid).

85. M.E. STORME, “Noch terugwerking, noch overdracht”, *TPR* 2004, 665, nr. 12.

86. Zie zeer gelijkaardig ook : R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 273, nr. 313.

Hiermee is ook verklaard waarom traditioneel wordt gesteld dat een erfgenaam kan beschikken over een aandeel in een onverdeeld nalatenschapsgoed (zie hoger nr. 32). Dit brengt tot uiting dat onder bepaalde omstandigheden een individuele beschikkingshandeling van een erfgenaam voorrang krijgt op latere collectieve beschikkingshandelingen namens de boedel.

**49. Andere regel in de maatschap.** In een maatschap geldt een andere regel : hier kan een overdracht van een aandeel in een goed door een deelgenoot géén afbreuk doen aan de latere overdrachten aan derden voor rekening van de boedel over dat goed zelf. Een beschikking door een maat voor eigen rekening over zijn aandeel in een boedelgoed is niet tegenwerpelijk aan de verkrijger die dit goed verkreeg door een beschikkingshandeling voor rekening van de gezamenlijke deelgenoten.

Meestal wordt dit zo uitgedrukt : het retroactief effect van de verdeling werkt slechts terug tot aan de ontbinding<sup>(87)</sup>. Het probleem met deze wijze van voorstellen is dat, door de beperkte terugwerking van de retroactiviteit, het retroactieve effect niet kan verklaren waarom de maten vóór de ontbinding niet kunnen beschikken over de aandelen in de afzonderlijke boedelgoederen. Een betere manier van voorstellen is dat de onoverdraagbaarheid op grond van het boedelkarakter hier onverdund speelt (zie nr. 34).

Er zijn goede redenen waarom het collectieve belang van de boedel niet zomaar kan worden onderuit gehaald door één maat :

- De doelstelling van de maatschap is sterker en duurzamer dan bij een onverdeelde nalatenschap.
- De onverdeelde boedel is door de maten vrijwillig aangegaan in hun gemeenschappelijk belang. Het is dan ook verantwoord dat de beschikkingshandelingen die de boedel en het gemeenschappelijk belang in het gedrang brengen, aan banden worden gelegd.
- Het belang van de boedel wordt in de maatschap ook sterker gekleurd door het belang van de maatschapsschuldeisers. Dit uit zich in de volwaardige vereffening in het voordeel van de maatschapsschuldeisers (zie hoger nr. 44-46).
- In de maatschap is er een systeem van bestuur en vertegenwoordiging dat doorgaans verfijnder is dan in de toevallige onverdeelde nalatenschap. Een beschikking over een maatschapsgoed kan daar-

door gebeuren zonder de medewerking van een maat die eerder over een aandeel in dit maatschapsgoed zou hebben beschikt.

## **B. Anticiperen op vereffening bij het beslag of zakelijke zekerheid op aandelen in afzonderlijke boedelgoederen?**

**50. Beslag op een aandeel in een onverdeeld nalatenschapsgoed.** Art. 1561 Ger.W. staat toe dat een persoonlijke schuldeiser van een deelgenoot beslag legt op een boedelgoed en door een verdeelvordering de onverdeelde nalatenschap openbreekt (zie nr. 27).

Hoger in nr. 27 stipten we aan dat dit een eigenaardige oplossing is. De persoonlijke schuldeisers kunnen immers *niet* het aandeel in een concreet onverdeeld nalatenschapsgoed uitwinnen; wél beslag leggen op het concreet boedelgoed zelf.

Het bijzondere karakter van het beslag op een boedelgoed op grond van art. 1561 Ger.W. dient immers goed te worden beseft : (i) de persoonlijke schuldeiser van een deelgenoot kan beslag leggen op een eventueel goed van zijn debiteur en (ii) dit beslag treft de onverdeelde boedel zelf, dus de gezamenlijke deelgenoten, die per hypothese niet allemaal debiteur zijn van de beslaglegger.

Opnieuw is dit een symptoom van het “anticipatief effect” van de verdeling van een onverdeelde nalatenschap. De verdeling in natura werpt z'n schaduw reeds vooruit en laat toe dat een persoonlijke schuldeiser een onverdeeld goed in beslag neemt, waarbij de uitkomst van de uitwinning afhangt van de verdeling van de boedel. Net zoals een overdracht door een individuele deelgenoot van zijn aandeel in een boedelgoed de vrije beschikking over dit goed voor rekening van de boedel aan banden legt (nr. 50), treft hier het beslag door een persoonlijke schuldeiser van een deelgenoot de vrije beschikking van de boedel zelf. Opnieuw moet het boedelbelang het afleggen tegen het belang van de schuldeiser van een deelgenoot.

**51. Hypotheek op een aandeel in een onverdeeld nalatenschapsgoed.** De zakelijke gerechtigdheid van een deelgenoot t.a.v. een concreet nalatenschapsgoed is niet onmiddellijk bepaalbaar vóór het resultaat van de verdeling bekend is. De deelgenoot kan een aandeel in een afzonderlijk goed van de boedel wel voorwaardelijk overdragen, voor het geval dat dit goed in zijn kavel valt bij de verdeling.

87. G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, 126.

Toch is de consensus dat een erfgenaam voorafgaand aan de verdeling reeds een actuele hypotheek kan vestigen op zijn aandeel in een onverdeeld goed<sup>(88)</sup>. Een hypotheek door een deelgenoot toegestaan op zijn aandeel, neemt bovendien rang vóór een latere hypotheek toegestaan door de gezamenlijke deelgenoten, indien het betrokken goed toekomt aan de deelgenoot wiens aandeel werd gehypothekeerd. De retroactieve werking van art. 883 BW houdt immers in dat de hypotheek rang neemt op het ogenblik dat de hypotheek op het aandeel werd ingeschreven : na de verdeling wordt de deelgenoot die de hypotheek heeft verleend immers geacht op dat ogenblik eigenaar geweest te zijn van het betrokken goed. Door de toebedeling aan de hypotheekstellende deelgenoot werkt de hypotheek terug tot op de dag waarop zij werd verleend<sup>(89)</sup>. Er is geen verdere formaliteit vereist. De oorspronkelijke inschrijving krijgt uitwerking op het ogenblik dat de voorwaarde zich realiseert.

Dit is eigenaardig omdat, doordat de gemeenschappelijke hypotheek rang neemt na een hypotheek toegestaan op een aandeel, één deelgenoot hiermee het krediet van de boedel uitholt<sup>(90)</sup>. Opnieuw dient echter te worden vastgesteld dat, in de erfboedel, het boedelbelang geen beschermwaardig belang is als het conflicteert met het belang van een derde die een recht van een deelgenoot heeft gekregen (zie hoger nr. 47 e.v.).

**52. Andere oplossingen in de gebonden maatschapsboedel.** In de maatschapsonverdeeldheid speelt het onverdunde boedelkarakter zonder het vertekenend “anticipatief effect”<sup>(91)</sup> :

- Een persoonlijke schuldeiser van een deelgenoot kan geen beslag leggen op een boedelgoed, zelfs geen beslag dat niet kan worden uitgewonnen. Art. 1561 Ger.W., dat uitzonderlijk toch een beslag toestaat, is enkel van toepassing op een vereffeningsoedel.
- Een maat kan zijn aandeel in een boedelgoed niet hypotheekeren. De verkrijger van (een hypotheek op) een boedelgoed door een geldige handeling voor rekening van de maatschap, kan niet worden verontrust door eerdere beschikkingshandelingen van een maat op zijn deelgerechtigdheid op een onverdeeld goed. De hypotheek op het goed onder de voorwaarde dat het uiteindelijk na een eventuele

ontbinding in zijn kavel valt, zou geen voorwaardelijke hypotheek zijn, maar een verboden hypotheek op een toekomstig goed (art. 78 BW). Het onderscheid tussen een hypotheek op een toekomstig goed en een hypotheek onder voorwaarde is immers dat in het laatste geval de schuldenaar reeds in de kiem een recht verworven heeft waardoor het goed in zijn vermogen kan terechtkomen<sup>(92)</sup>. Veel meer dan in de onverdeelde nalatenschap, die de roeping heeft om op korte termijn te verdwijnen door een verdeling in natura, heeft een maat in een maatschapsonverdeeldheid slechts een eventuele verwachting ten aanzien van de onverdeelde onroerende goederen.

Opnieuw wordt niet toegelaten dat een individuele maat of zijn persoonlijke schuldeisers het collectieve krediet onderuit halen.

## § 5. Conclusie : de onverdeelde boedel tussen rechtsobject en rechtssubject

### 53. Maatschap als typische onverdeelde boedel.

Wetstechnisch is het boedelkarakter van de maatschap via art. 55 W.Venn. vastgeknoot aan de onverdeelde nalatenschap. De onverdeelde nalatenschap geldt daarmee als onverdeelde boedel van gemeen recht. Dogmatisch bekeken illustreert de maatschapsonverdeeldheid echter veel mooier dan de onverdeelde nalatenschap de algemene boedelregels. Het boedelkarakter komt in de maatschap onversneden naar voor, zonder de typisch erfrechtelijke elementen die enkel gelden voor de nalatenschap.

Dit komt vooral naar voor bij de vereffening van de maatschapsonverdeeldheid. De vermogensafscheiding krijgt hier haar volwaardig orgelpunt in een nettovereffening, zonder “vervuild” te worden door de bruto-erfvergang en de brutoverdeling van de onverdeelde nalatenschap (zie nr. 45).

Dit laat ook zijn gevolgen voelen vóór de ontbinding van de maatschap. De “anticipatie” van de brutoverdeling maakt dat de goederen van de onverdeelde nalatenschap, voor beperkte doeleinden, niet als een onderdeel van een afgescheiden vermogen worden behandeld (zie nr. 47 bij overdracht, nr. 50 bij beslag en nr. 51 bij hypotheek). De onverdeelde goederen

88. Zie o.m. A. KLUYSKENS, *Voorrechten en hypotheken*, 240-241, nr. 249; H. VANDENBERGHE en S. SNAET, *Mede-eigendom*, 24-25, nr. 13; A. SCHICKS, “De l’hypothèque sur part indivise”, *Rev.Prat.Not.*1921, 41-42; O. CAMBRON, *Traité de la copropriété*, 33, nr. 43.

89. A. KLUYSKENS, *Voorrechten en hypotheken*, 239, nr. 247; M. DAGOT, “L’hypothèque de l’immeuble indivis après la loi du 31 décembre 1976”, *JCP La semaine juridique* 1980, I, 2994, nr. 26.

90. J. VAN BIERVLIET, *Les sujets collectifs*, 9, J. VAN BIERVLIET, “De la constitution d’hypothèque sur un immeuble indivis”, *Rev.Prat.Not.* 1909, 269.

91. Zie ook H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire du droit civil Belge*, V, 97, voetnoot 1 en 57, nr. 29.

92. M. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, III, 69, nr 963.

van een maatschap worden daarentegen consequent als boedelgoederen behandeld (hoger nr. 49 en 52).

**54. Toerekening van zakelijke rechten aan de boedel.** Voor heel wat rechtsvragen biedt het inzicht de onverdeelde boedel te denken *als ware het* een rechtssubject. Voor de toerekeningsvraag betekent dit dat het meer inzicht verschaft de zakelijke rechten toe te rekenen aan de maatschap dan aan de individuele maten :

- De bijzondere aard van het verhaalsrecht van de boedelschuldeisers (preferent; los van aansprakelijkheid van de deelgenoten zelf), kan het best begrepen worden door de boedel zelf als schuldenaar te denken (nr. 29).
- De boedel kan een schuldvordering hebben op een deelgenoot en een deelgenoot kan een schuld hebben ten aanzien van de boedel (nr. 20). Er is in zulke gevallen geen schuldvermenging ten belope van het aandeel van de betrokken deelgenoot. De niet-toepassing van schuldvermenging op deze rechten en verplichtingen betekent dat deze rechten en verplichtingen niet zomaar die van de deelgenoten zijn.
- Een individuele deelgenoot kan niet beschikken over de afzonderlijke boedelgoederen of zijn aandeel daarin (nr. 35 en 49). Het is enkel namens de boedel (en overeenkomstig de geldende bestuursregeling) dat over de boedelgoederen kan worden beschikt. Opnieuw verschaft het inzicht om de boedel zelf als eigenaar van deze goederen te denken.

Het bleek dat de zienswijze waarbij de zakelijke rechten worden toegerekend aan de boedel zelf, eerder dan aan de deelgenoten in de boedel, reeds gehanteerd werd in de voorbereidende werken van de *Code civil* (zie hoger nr. 29).

**55. Toerekening aan de maten louter nominaal.** De deelgenoten van de boedel - de maten bij een maatschap - gelden als mede-eigenaars van de boedelgoederen, doch dit mede-eigendomsrecht heeft niet de normale kenmerken van een zakelijk recht. Een maat heeft immers geen actueel en zeker recht ten aanzien van de concrete maatschapsgoederen :

- Een maat kan over een aandeel in een onverdeeld goed niet beschikken op een wijze die latere beschikkingshandelingen namens de maatschap zou verhinderen of zou belasten (nr. 35 en 49).

- Een persoonlijke schuldeiser van een maat kan geen beslag leggen op het aandeel in een onverdeeld goed of op zulk goed zelf (nr. 52).
- Een maat kan geen hypotheek vestigen op een aandeel in een onroerend goed van de maatschap (nr. 52).

Het recht van een deelgenoot in een boedel is dan ook eerder te analyseren als een recht op een zekere economische waarde die door de vereffening en de verdeling kan worden gerealiseerd, eerder dan een recht op welbepaalde goederen<sup>(93)</sup>. Vóór de vereffening kan de deelgenoot t.a.v. de afzonderlijke goederen niet claimen er een vaststaand aandeel van te hebben. Het zakelijk recht van de deelgenoten is vooral nominaal. Franse auteurs spreken van een *vlottend recht* voor de deelgenoot in een onverdeelde boedel : zijn rechten gelden niet ten aanzien van een specifiek boedelgoed<sup>(94)</sup>.

Dit vinden we reeds bij POTHIER bij de bespreking van wat later art. 883 BW (retroactief effect van de verdeling) werd :

*“De tout ceci il suit aussi que chacun des cohéritiers n’a pu hypothéquer à ses créanciers le droit qu’il avait dans la succession qui lui est échue, que tel qu’il avait : Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet; L. 54, ff. de reg.jur. Or, chacun des cohéritiers n’avait avant le partage, qu’un droit indéterminé dans les biens de la succession, qui devait se restreindre et se déterminer aux effets qui lui échoieraient par le partage pour son lot”*<sup>(95)</sup>.

Frappant is dat POTHIER voor het zgn. retroactief effect van de verdeling een verklaring zoekt vanuit de *nemo plus*-regel. De deelgenoot kan geen rechten t.a.v. een afzonderlijk goed van de boedel overdragen omdat hij zelf geen actuele, bepaalde rechten heeft t.a.v. dat goed. Vóór de verdeling heeft de deelgenoot zelf t.a.v. een afzonderlijk goed geen volwaardige zakenrechtelijke aanspraak. Hij heeft slechts een *droit indéterminé*.

De beste manier om het voor te stellen is zo : de deelgenoot heeft rechten t.a.v. de boedel en de boedel heeft de zakelijke rechten t.a.v. de boedelgoederen. Net zoals de aandeelhouders rechten hebben t.a.v. de vennootschap met rechtspersoonlijkheid en de vennootschap de zakelijke rechten heeft t.a.v. de vennootschapsgoederen. In de onverdeelde boedel geldt hierdoor een zekere *Trennung* tussen deelgenoot en boedelgoederen, zonder dat dit zo scherp is

93. J. VAN BIERVLIET, “De la constitution d’hypothèque sur un immeuble indivis”, *Rev.Prat.Not.* 1909, 237.

94. J. VINCENT, “Les propriétés collectives, les indivisions et l’effet déclaratif du partage”, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1932, 335.

95. R. POTHIER, *Traité des successions*, 293.

als bij de rechtspersoon. De deelgenoten hebben bij de boedel nog wel een zakelijk recht, maar dit niet zozeer op de concrete, individuele goederen als wel op de boedel zelf. Deze boedel kan gezien worden als een doos die een eenheid vormt ondanks een wisselende inhoud (zie ook art. 1696 BW).

**56. Boedeltechniek en rechtspersoonstechniek : *Trennungsprinzip*.** Dit maakt dat de boedeltechniek in veel opzichten het functionele equivalent is van de rechtspersoonstechniek<sup>96</sup>. Auteurs als VAN BIERVLIET hebben de onverdeelde boedel, in het bijzonder de onverdeelde nalatenschap, daarom zeer verhelderend - en stoutmoedig binnen de Frans-Belgische rechtstraditie - voorgesteld als een *sujet collectif*<sup>97</sup>.

In de inleiding zagen we vijf zakenrechtelijke gevolgen van de rechtspersoonstechniek :

- a) De goederen van de rechtspersoon kunnen niet worden uitgewonnen door de persoonlijke schuldeisers van de aandeelhouders van die rechtspersoon (nr. 8);
- b) Een aandeelhouder kan individueel niet vrij beschikken voor eigen rekening over de activa van de rechtspersoon (nr. 9);
- c) Het recht van een aandeelhouder (én van zijn persoonlijke schuldeisers) dient begrepen te worden als een “nettorecht”, afhankelijk van voorrang van de vennootschapsschuldeisers en de uitkomst van een vereffening (nr. 10);
- d) De vereffening van een rechtspersoon gaat in de regel gepaard met een volwaardige vereffening, waarna enkel het nettoactief wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders (nr. 11); en
- e) Een aandeel in een rechtspersoon is roerend van aard, zelfs als de rechtspersoon eigenaar is van onroerende goederen (nr. 12).

Het gevolg van de rechtspersoonsskenmerken van de boedeltechniek, is dat er ook in de onverdeelde boedel in verregaande mate een gelijkaardige scheiding is tussen de deelgenoten en de boedelgoederen. Met name de eerste vier gevolgen van de rechtspersoonstechniek gelden ook voor een maatschap :

- a) De goederen van de maatschap kunnen niet worden uitgewonnen door de persoonlijke schuldeisers van de maten (nr. 52);
- b) Een maat kan individueel niet vrij beschikken voor eigen rekening over de activa van de maatschap (nr. 35 en 49);

c) Het recht van een maat (én van zijn persoonlijke schuldeisers) dient begrepen te worden als een “nettorecht”, afhankelijk van voorrang van de maatschapsschuldeisers en de uitkomst van een vereffening (nr. 30); en

d) De ontbinding van een maatschap gaat in de regel gepaard met een volwaardige vereffening, waarna enkel het nettoactief wordt uitgekeerd aan de maten (nr. 46).

De *Trennung* tussen de activa en passiva van de entiteit en die van de deelgenoten wordt in de onverdeelde boedel echter niet even consequent doorgetrokken als bij de rechtspersoon. Hiermee raken we de kern van het onderscheid tussen beide technieken : de sluier van de boedeltechniek is net iets meer doorschijnend dan die van de rechtspersoonstechniek. Dit doet evident de vraag rijzen : waarom ? Waarom is de maatschap geen rechtssubject en bv. de V.O.F. wel ? Anders gezegd : waarom wordt het recht van een maat nog wel een zakelijk recht genoemd ?

**57. Verantwoording voor zwakkere *Trennung* bij boedel : persoonsgebonden identificatie bij onroerende goederen.** Het antwoord op voorgaande vraag ligt bij de identificatie in het rechtsverkeer, en in het bijzonder bij naamsgebonden publiciteitssystemen voor registergoederen, zoals onroerende goederen.

Zoals bekend is ons publiciteitssysteem m.b.t. onroerende goederen strenger dan dat voor andere goederen, met het oog op het vrijwaren van de zekerheid van de transacties en het hypothecair krediet. De Belgische hypothecaire inrichting kenmerkt zich bovendien door een persoonsgebonden wijze van identificatie. De juiste identificatie van de actuele eigenaar van het goed is noodzakelijk om de zakenrechtelijke toestand van een onroerend goed te kennen. Een precieze identificatie vereist de vermelding van de identiteit van natuurlijke personen (art. 139 Hyp.W.) of rechtspersonen (art. 140 Hyp.W.); de groeperingsnaam van een onverdeelde boedel volstaat niet.

Bij een naamsgebonden publiciteitssysteem botst de onverdeelde boedel op zijn grenzen. De onverdeelde boedel is immers niet onderworpen aan een formeel regime inzake oprichting en openbaarmaking, zoals dat wel geldt voor rechtspersonen (zie bv. art. 66 e.v. W.Venn). De onverdeelde boedel is daarmee een *persona incerta* : de identificatie onder de groeperingsnaam is voor sommige rechtsverhoudingen te

96. Zie reeds H. SWENNEN, *Juridische vormgeving van vastgoedbeleggingsfondsen en vastgoedcertificaten*, II, 247, nr. 210.

97. J. VAN BIERVLIET, *Les sujets collectifs en droit privé*, extract uit *Rev.Prat.Not.*, Brussel, 1912, 7.

vluchtig, zodat de identificatie enkel kan gebeuren door de identificatie van elk van de deelgenoten individueel<sup>98</sup>. Een onroerend goed verworven door een maatschap kan niet louter onder de naam van de maatschap in het hypotheekkantoor worden overgeschreven.

Daarom noemen we de boedel geen rechtssubject, maar rechtsobject van het zakelijk recht van de deelgenoten. Zakenrechtelijk betekent dit dat de deelgenoten gelden als mede-eigenaar van elk van de boedelgoederen. Daarom geldt het genoemde vijfde gevolg van de rechtspersoonstechniek *niet* voor de maatschapsboedel : als de maatschap onroerende goederen heeft, geldt het aandeel van een maat in zulke goederen als een onroerend recht. Het onroerend goed dient geregistreerd te staan onder de naam van de maten. Dit mede-eigendomsrecht gaat echter niet verder dan deze, letterlijk, “nominale” functie.

Dit verklaart waarom het zakenrecht slingert tussen collectieve toerekening aan de maatschap en individuele toerekening aan de maten :

- Collectief, omdat de maatschap inhoudelijk zelf het eerste aanknopingspunt is voor de rechten en verplichtingen van de gezamenlijke maten, wier rechten slechts afhankelijk zijn van de vereffening van deze boedel.
- Individueel, omdat deze boedel bij persoonsgebonden publiciteitsmechanismen niet louter door de maatschapsnaam kan worden geïdentificeerd en bijgevolg de maten individueel geregistreerd moeten staan als formeel aanknopingspunt bij de hypotheekbewaarder (of gelijkaardige naamsgebonden registers).

Deze slingerende toerekening maakt van de maatschap (en de onverdeelde boedel in het algemeen) een complexe, maar hypnotiserende figuur.

---

98. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Parijs, La mémoire du droit, 1910 (herdruk uit 2003), 74.



## Les 2

### Gevolgen van de rechtspersoonstechniek voor de contractspraktijk



**Leerstof:** J. Vananroye, “Strictly personal, not business: contractuele schade in de vennootschapsfeer”, in *Liber amicorum Luc Weyts*, Brussel, Larcier, 2011, 617-634.

\* \* \*

VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE CLAUSULES VOOR HET NOTARIAAT  
**LIBER AMICORUM PROF.DR. LUC WEYTS**

Frank BUYSENS  
Koen GEENS  
Hilde LAGA  
Bernard TILLEMAN  
Alain-Laurent VERBEKE  
(Redactiecomité)

## **STRICTLY PERSONAL, NOT BUSINESS:**

### **CONTRACTUELE SCHADE IN DE VENNOOTSCHAPSSFEER**

Joeri VANANROYE<sup>1,2</sup>

1. *The Godfather* – Als in *The Godfather* Don Vito Corleone door een concurrerende familie wordt neergeschoten, luidt het advies van de *consigliere* – de huisnotaris, zeg maar – : “It’s not personal, Sonny. It’s strictly business.”

In het verbintenissenrecht geldt het omgekeerde principe: enkel strikt persoonlijke schade wordt vergoed, zelfs als dit soms haaks staat op de ondernemingsrealiteit. Vooral in de vennootschapssfeer leidt dit soms tot tegenintuïtieve resultaten, waarbij benadeling in economische zin niet samenvalt met het recht op schadevergoeding.

Professor Luc Weyts is een *Godfather* in het notarieel burgerlijk en vennootschapsrecht. De uitnodiging om clausules te bespreken naar aanleiding van zijn emeritaat was dan ook een “offer we couldn’t refuse” en het leek daarbij gepast enkele valkuilen te schetsen bij contracten in de vennootschapssfeer.

Zonder exhaustief te willen zijn, besteden we in het bijzonder aandacht aan overeenkomsten met een vennootschap uit een groep of overeenkomsten met een aandeelhouder die betrekking hebben op een vennootschap (bv. overdracht van aandelen). De nadruk ligt daarbij niet op een analyse van de wettelijke regeling van aanvullend recht – die doorgaans onzeker en/of onaangepast zal zijn – maar op enkele issues die bij het opstellen van overeenkomsten overwogen kunnen worden. Anders dan Luc Weyts de gewoonte heeft, maken we het ons gemakkelijk en laten we, vaak doorslaggevende, fiscale overwegingen helemaal buiten beeld. Onze analyse beperkt zich tot de volkomen rechtspersoon, waarbij de rechten en verplichtingen van de vennootschap niet worden toegerekend aan de aandeelhouders.

### **Hoofdstuk I**

#### **BIJZONDERE VERBINTENISRECHTELIJKE ISSUES BIJ CONTRACTEN MET RECHTSPERSONEN**

2. **Rechtspersoon als abstract toerekeningspunt** – Het begrip rechtspersoon wordt meestal negatief omschreven: de rechtspersoon is een rechtssubject dat geen natuurlijke persoon is. De rechtspersoon is daarmee een abstract, onstoffelijk, toerekeningspunt van rechten en verplichtingen. De rechten en verplich-

<sup>1</sup> Advocaat te Brussel (Baker & McKenzie) gastdocent HUBrussel.

<sup>2</sup> Met dank aan Mr. Matthias Wauters, Dr. Annick De Wilde, Mr. Geert Bovy en Mevr. Sigrd Ververken voor hun waardevolle suggesties en correcties.

tingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten van die entiteit zelf.

Dat de rechten en verplichtingen van een entiteit met rechtspersoonlijkheid gelden als de rechten van die entiteit zelf, krijgt vooral betekenis bekeken vanuit de aandeelhouders. De aandeelhouders (i) hebben de beslissingsmacht over het vermogen van die entiteit (vooral onrechtstreeks via de bevoegdheid om bestuurders aan te stellen) en (ii) halen het vermogensrechtelijk voordeel uit het vermogen van die entiteit.

Zeker een enige of controlerende aandeelhouder wordt hierdoor economisch doorgaans begrepen als de eigenaar van de onderneming van de vennootschap. Juridisch is een aandeelhouder echter niet titularis van de rechten en verplichtingen van de onderneming; dat is de entiteit met rechtspersoonlijkheid zelf.<sup>3</sup> Aandeelhouders hebben enkel lidmaatschapsrechten en patrimoniale rechten in de vennootschap.

Het is de rechtspersoon zelf die juridisch geldt als eigenaar, schuldeiser, schuldenaar, eiser of verweerder, ... van de goederen, vorderingen, schulden of rechtsoverdrachten van de entiteit met rechtspersoonlijkheid, en niet de aandeelhouders die schuil gaan achter de rechtspersoon, ook als deze aandeelhouders het economische voordeel halen uit en/of het feitelijk meesterschap hebben over de rechtspersoon en zijn vermogen. Dit is de *corporate veil*, die meestal enkel negatieve aandacht krijgt bij pogingen tot doorbraak ervan.

Deze rechtspersoonstechniek heeft belangrijke praktische consequenties voor de contractuele praktijk. Wellicht het meest in het oog springend gevolg is uiteraard dat de aandeelhouder niet aansprakelijk is voor de verplichtingen van de rechtspersoon, tenzij hier contractueel van wordt afgeweken (bv. door een persoonlijke zekerheid). Van dit gevolg is de praktijk zich genoegzaam bewust en we gaan hier dan ook enkel in op minder evidente gevolgen. Ook besteden we geen aandacht aan de klassieke "doorbraak" van de rechtspersoon door aansprakelijkheid van aandeelhouders en/of mandatarissen voor onrechtmatig handelen bij het samenstellen van, het beheer over, uitkeringen uit en het vereffenen van het vermogen van de rechtspersoon. Wel willen we subtielere vormen van "doorbraak" signaleren, waarbij de economische realiteit de verbintenisrechtelijke gevolgen van de rechtspersoonstechniek afzwakt (nr. 5, 6, 7, 13 en 15).

3. *Mad uncle in the closet* – Een eerste reeks contractuele issues hangt samen met het onstoffelijk karakter van de rechtspersoon. Principieel wordt de rechtspersoon voor zijn bekwaamheid als rechtssubject en de toepassing van de regels van het privaatrecht gelijk gesteld met een natuurlijke persoon.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> J. HEENEN, "Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après la dissolution", *RCJB* 1953, 293, nr. 3.

<sup>4</sup> K. GEENS en M. WYCKAERT, *De Vennootschap. Algemeen deel*, Kluwer, Mechelen, 2011, 306, nr. 165.

Deze gelijkstelling van rechtspersoon en natuurlijke persoon biedt echter geen antwoord op de vraag hoe een rechtspersoon in te kaderen in een privaatrecht dat helemaal geschreven is op maat van mensen van vlees en bloed. Vele regels uit het privaatrecht hanteren subjectieve begrippen zoals nalatigheid, wil, kennis, goede trouw opzet ... Dit maakt deze regels moeilijk toe te passen op de rechten en verplichtingen van onstoffelijke rechtssubjecten.

Traditioneel negeert het privaatrecht dit probleem. Een hedendaags handboek verbintenissenrecht geeft nauwelijks meer aandacht aan de rechtspersoon dan de *Code civil* van 1804. De rechtspersoon is *the mad uncle in the closet* van het privaatrecht: de baldadige oom die in de familie wordt geduld, maar waar men niet echt blijf mee weet en die bij bezoek in de kast wordt opgesloten, in de hoop dat zijn storend geklop op de deur tactvol zal worden genegeerd.

Dit is bijna letterlijk te nemen: doorgaans wordt de rechtspersoon zeer summier behandeld in dezelfde paragraaf als kinderen die nog niet tot de “jaren des onderscheids” zijn gekomen en geestesgestoorden. Als abstract rechtssubject, die voor zijn wilsvorming afhankelijk is van vertegenwoordiging, wordt de rechtspersoon geacht geen “volkomen wil” te hebben. Omdat een rechtspersoon geen rechtssubject van vlees en bloed is, is vertegenwoordiging conceptueel een noodzaak voor rechtshandelingen van de vennootschap: het zullen altijd vertegenwoordigingshandelingen zijn die door een natuurlijke persoon namens de vennootschap worden verricht.

Deze vertegenwoordiging verschilt fundamenteel van vertegenwoordiging van een natuurlijke persoon, zoals die bv. gebeurt bij de overeenkomst van lastgeving. Anders dan bij een natuurlijke persoon, is er bij een rechtspersoon uiteindelijk geen natuurlijke persoon bij wie kan worden aangeklopt voor de bevestiging van (of andere toelichting omtrent) de bevoegdheid van een vertegenwoordiger. Elke legitimatie in naam van de rechtspersoon veronderstelt immers opnieuw een vertegenwoordigingsrelatie.<sup>5</sup>

**4. Interpretatie van contracten tussen rechtspersonen** – Hier willen we volstaan met slechts één algemeen voorbeeld van de moeilijke inpassing van de rechtspersoon in het contractenrecht: de regels inzake contractsinterpretatie. Daarnaast zijn er nog veel andere regels die geschreven zijn op maat van partijen van vlees en bloed (bv. door te verwijzen naar begrippen als overlijden, verwanten, onbekwaamheid) en die daardoor moeilijk toepasbaar zijn bij onstoffelijke contractspartijen.<sup>6</sup>

De traditionele regel neemt de gemeenschappelijke subjectieve wil van de contractspartijen als maatstaf (art. 1156 BW). Dit is echter moeilijk toepasbaar op rechtspersonen. Organisaties hebben meestal formele en informele besluitvormingsprocedures die moeten worden gevolgd voordat een overeenkomst wordt

<sup>5</sup> J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, *TPR* 2004, 791, nr. 21.

<sup>6</sup> Zie bv. K. VANHOVE en S. BLOMMAERT, “Handelshuur, eigen gebruik en vennootschappen: het einde zoek”, *RW* 2006-07, 1222 e.v.

goedgekeurd. In vennootschapsgroepen zal voor belangrijke contracten vaak ook de toestemming zijn vereist van personen binnen entiteiten hoger in de boom, die formeel geen deel uitmaken van de rechtspersoon-contractspartij. Hierdoor is ook hun "wil" belangrijk.<sup>7</sup> De toerekening van de intenties van personen die formeel geen orgaan of vertegenwoordiger zijn aan een rechtspersoon is algemeen aanvaard bij onrechtmatige handelingen, als die intentie *de facto* bepalend was voor het handelen van de vennootschap.<sup>8</sup> Er is geen reden om niet een gelijkaardige toerekening te aanvaarden in het kader van rechtmatige handelingen die kaderen binnen een normale economische groepsrealiteit.

In de regel zijn hierdoor vele natuurlijke personen betrokken bij de wilsvorming van een rechtspersoon, als college of naast mekaar. De wil van één persoon kan hier niet maatgevend zijn. Meer dan bij natuurlijke personen moet contractsinterpretatie bij rechtspersonen (en andere organisaties) eerder kijken naar de rechtmatige verwachtingen op basis van de geschreven contractstekst dan naar de subjectieve wil van één of meerdere personen betrokken bij de contractsvorming.

De formele en informele besluitvorming binnen de rechtspersoon gebeurt immers op basis van de geschreven tekst van de overeenkomsten, zonder dat de subjectieve uitingen van de onderhandelaars of andere betrokkenen (bv. in e-mails tijdens de onderhandelingen of in *ex post* getuigenverklaringen) hierbij in overweging worden genomen. Een interpretatiepraxis die teveel de subjectieve beweringen van de betrokken natuurlijke personen in rekening brengt ondermijnt de monitoring binnen een organisatie.<sup>9</sup>

Deels zou de contractuele praktijk de interne besluitvorming kunnen proberen af te dwingen door een stevige "vierhoeken"-clausule en een bepaling die stelt dat wijzigingen aan de overeenkomst enkel volgens een bepaalde procedure kunnen.<sup>10</sup> Dit verhindert dat, bv. door een uitwisseling van e-mails tijdens of na de onderhandelingen, het contract zoals het blijkt binnen de vier hoeken van de geschreven tekst, gewijzigd wordt buiten de interne besluitvormingsprocedures om. Het komt ons voor dat zulke clausules nog te veel als *boilerplate* worden beschouwd, waardoor hun belangrijke rol bij het monitoren van de besluitvorming binnen een organisatie te weinig aandacht krijgt bij het interpreteren van overeenkomsten. Dit zal enkel wijzigen indien deze clausules ook meer aandacht krijgen bij het opstellen van contracten.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> S. ABEGGLEN, *Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen*. Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004, 266-267.

<sup>8</sup> H. DE WULF en S. DE GEYTER, "Aansprakelijkheid van rechtspersonen en hun vertegenwoordigers", in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Kluwer, Mechelen, 2007, 162-170.

<sup>9</sup> Zie o.m. W. KATZ, "The economics of form and substance in contract interpretation", 104 *Colum. L. Rev.*, 2004, 532-534.

<sup>10</sup> Zie W. VAASEN, "Entire Agreement Clause (EAC)", *Jura Falc.* 2009-10, 3-41.

<sup>11</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, *Drafting International Contracts*, Ardsley, Transnational Publishers 2006, 131.



Een meer objectieve interpretatie dringt zich des te meer op bij contracten tussen rechtspersonen omdat de rechtspersoon als formeel juridisch aanknopingspunt het brandpunt is van verschillende, vaak wisselende belangen. Een natuurlijke persoon kan worden geacht te weten in welke mate hij of zij door flankerende verklaringen is afgeweken van de tekst van een overeenkomst. Bij een rechtspersoon zullen er altijd derden zijn – in de juridische zin doordat ze geen partij zijn en in de economische zin doordat ze ook werkelijk niet betrokken waren bij de onderhandelingen – die enkel kunnen vertrouwen op een objectieve interpretatie van de geschreven overeenkomst. Zo zal bij een overname van een vennootschap de geschreven tekst van een overeenkomst in de *data room* worden geplaatst en in de regel nooit de onderhandelingsgeschiedenis hiervan. Een interpretatiepraxis die toelaat dat achteraf toch de onderhandelingsgeschiedenis de geschreven tekst onderuit kan halen, miskent de rechtmatige verwachtingen van de (wisselende) derden die achter de rechtspersoon als formele contractspartij schuilgaan.<sup>12</sup>

Elders is erop gewezen hoe de opkomst van onstoffelijke organisaties zoals rechtspersonen hebben geleid tot een *objectivering* van het privaatrecht, o.a. door meer nadruk te leggen op redelijk vertrouwen dan op de subjectieve wil.<sup>13</sup> In het Belgisch contractenrecht is de vertrouwensleer vrij algemeen aanvaard voor de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, maar krijgt nog te weinig aandacht bij de interpretatie ervan.<sup>14</sup>

Meer nog: te veel maakt in de Belgische denken het oude cliché opgeld dat in commerciële verhoudingen de tekst van een overeenkomst *minder* belangrijk zou zijn voor de interpretatie dan in “burgerlijke” verhoudingen (mede omdat een te grote draagwijdte wordt gegeven aan de vrije bewijsregels in handelszaken).

5. “Verbonden derden” bij overeenkomsten met rechtspersonen – Hiermee is de oorzaak aangeraakt van een tweede reeks soms eigenaardige gevolgen van contracten met rechtspersonen als partij: achter de rechtspersoon die juridisch het formeel aanknopingspunt is van de rechten en verplichtingen, schuilen in economische zin andere entiteiten en hun belangen. Dit geldt in het bijzonder voor controlerende aandeelhouders en verbonden entiteiten. Het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten krijgt hierdoor bij rechtspersonen een andere kleur dan bij natuurlijke personen.

In beginsel heeft enkel een partij bij een overeenkomst (en niemand anders) een contractuele vordering en dan enkel een contractuele vordering tegen de personen met wie zij gecontracteerd heeft (en tegen niemand anders). Derden zijn, in

<sup>12</sup> A. W. KATZ, “The economics of form and substance in contract interpretation”, 104 *Colum. L. Rev.*, 2004, 534.

<sup>13</sup> M. HORWITZ, *The transformation of American law (1870-1960)*, Oxford University Press, 1992, 45; J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, *TPR* 2004, 792-739; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, 2006, 373, voetnoot 60.

<sup>14</sup> Zie in het Nederlands recht: N. KORNET, “Interpretation, implication and supplementation of contracts”, in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 56 e.v. Zie naar Belgisch recht wel: S. VERVERKEN, “De begunstigde van contractuele garantieclausules bij de overdracht van aandelen”, *DAOR* 2010, 387 e.v.

beginsel, geen schuldeisers of schuldenaar onder een overeenkomst (art. 1165 BW).

Dit principe geldt ook voor "derden" die verbonden zijn met een vennootschap met rechtspersoonlijkheid die contractant is en daarom in economische zin niet als derden ervaren worden. De relativiteit van overeenkomsten geldt immers ook voor "geïnteresseerde derden", die een eigen belang hebben bij de goede uitvoering van de overeenkomst.<sup>15</sup> De vennootschapsjurist denkt bij het begrip verbonden personen uiteraard aan de definitie van art. 11 W.Venn, die draait rond het begrip controle. Controle kan gaan van een betekenisvolle invloed tot een volledig meesterschap in feite (zie art. 5 W.Venn.).

Waar er bij een natuurlijke persoon van kan worden uitgegaan dat een derde een autonome persoon is met een eigen wilsvorming los van de contractanten, is dit hierdoor bij vennootschappen niet noodzakelijk het geval. Daarom is het van belang te benadrukken dat ook voor met de vennootschap verbonden derden de regel geldt dat ze geen schuldeiser of schuldenaar zijn onder contracten waarbij de vennootschap partij is, zelfs al controleren ze de vennootschap, worden ze erdoor gecontroleerd, of controleert een zelfde persoon de vennootschap en de derde.

**6. Contractuele relativiteit gerelativeerd** – Opnieuw en met zelfs meer nadruk moet hierbij gesteld worden: in beginsel. Ook de regels die de relativiteit van overeenkomsten relativeren, worden anders gekleurd door de ondernemingsrealiteit.

Zo is een onrechtmatige daadsvordering tegen een derde (in de juridische zin), mogelijk bij medeplichtigheid aan andermans contractbreuk. Toerekening van kennis en/of handelen van vennootschap tussen verbonden "derden" (bv. controlerende aandeelhouder) zal makkelijker kunnen gebeuren dan tussen derden waar geen economische band is.<sup>16</sup> Het handelen van de "verbonden derde" kan bij collusie dan weer contractueel worden toegerekend aan de contractspartij zelf, die hier dan contractueel voor aansprakelijk kan worden gesteld.

Uit de verplichting om contracten te goeder trouw uit te voeren (art. 1134BW) zou ook de impliciete verplichting kunnen worden afgeleid om controle over andere rechtspersonen aan te wenden om het normaal verwachte voordeel van een contract te bewerkstelligen.

Het is echter niet aan te raden om al te veel te vertrouwen op deze gemeenrechtelijke correctiemechanismes. De eisende partij zal immers een moeilijke bewijslast hebben. Daarbij komt dat de aanpak van rechters op dit vlak moeilijk voorspelbaar is.<sup>17</sup> Soms wordt op vrij simpele wijze een binnenweg genomen naar de economische realiteit, en wordt zonder veel uitleg de rechtspersoonstechniek

<sup>15</sup> E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maarten Kluwer, Antwerpen, 1984, 77, nr. 102.

<sup>16</sup> Zie F. PARREIN, "Het bijkantoor van een buitenlandse vennootschap, de statutaire doeloverschrijding en de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk", TRV 2009, 766-767, nr. 19.

<sup>17</sup> E. WYMEERSCH, "Het recht van vennootschapsgroepen", in *Rechtspersonenrecht*, Delva-cyclus, Gent, Mys & Breesch, 1999, 403-405, nr. 12-13.



als fictie aan de kant geschoven. In andere gevallen wordt dan weer zeer formeel vastgehouden aan de eigen rechtspersoonlijkheid van de partijen en de contractuele relativiteit, zonder te corrigeren voor de achterliggende economische realiteit, ook al biedt het recht daar mogelijkheden toe.

De contractsjurist die verkiest om later niet wakker te worden naast het spreekwoordelijk afgehakte paardenhoofd, doet er dan ook verstandig aan om het probleem van verbonden derden vooraf in de overeenkomst te voorzien. Zo kan een contractueel gebod of verbod ook worden uitgebreid naar verbonden personen. Dit verbindt de verbonden personen uiteraard contractueel nog niet, maar maakt de contractspartij wel aansprakelijk als verbonden derden het gebod of verbod overtreden. Zo is het gebruikelijk om in een confidentialiteitsovereenkomst of een niet-concurrentiebeding handelingen van verbonden derden expliciet toe te laten rekenen aan de contractspartij.

**7. Sterkmaking in de vennootschapssfeer** – Een andere conventionele manier om de relativiteit van overeenkomsten te nuanceren is een beding van sterkmaking (art. 1120 BW), dat zeker in de vennootschapssfeer zeer gebruikelijk is.

Zo is het bijna standaard dat in een Engelstalige overeenkomst onder Belgisch recht tot overdracht van aandelen wordt bepaald dat de uitdrukkingen “shall cause” of “shall procure” verwijzen naar het juridisch concept sterkmaking. Het komt ons nochtans voor dat dit niet altijd doordacht gebeurt.

Bij sterkmaking voor verbintenissen dient immers de beperkte draagwijdte van de verbintenis van de promettant voor ogen te worden gehouden. De promettant is enkel aansprakelijk indien de derde de betrokken verbintenis niet op zich neemt.<sup>18</sup> Indien dat wel gebeurt, kan de promettant in principe niet worden aangesproken, ook niet als de betrokken derde niet kredietwaardig is of de opgenomen verbintenis verder weigert uit te voeren. Indien de promettant echter als aandeelhouder de controle heeft over de derde, zal het vaak wellicht de bedoeling zijn dat hij deze controle ook aanwendt om de derde de betrokken verbintenis te laten uitvoeren. Eventueel kan hiervoor een grondslag worden gezocht in de aanvullende werking van de goede trouw, maar opnieuw verdient het voorkeur om hier in het contract zelf expliciet over te zijn.

**Voorbeeldclausule.** When using the words “shall cause” or “shall procure that” (or any similar expression) in respect of any [party] in relation to any of such [party]’s affiliates, the parties intend to refer to the legal concept referred to in Article 1120 of the Belgian Civil Code (*sterkmaking/portefort*) but also to include a guarantee by the relevant party of the due and timely performance of all actions, agreements and obligations to be performed by any of its affiliates under the terms and conditions of this agreement.

Een ander aandachtspunt voor de contractopsteller is wat er gebeurt indien een zich voor zijn vennootschap sterkmakende aandeelhouder niet langer de controle zou hebben, bv. na een verkoop van zijn participatie. Er dient niet automatisch

<sup>18</sup> W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 231.

van uit te worden gegaan dat de sterkmakingsverbintenis hierdoor zonder voorwerp wordt en de overdracht niet overleeft. Sterkmaking veronderstelt immers niet dat de sterkmaker controle heeft over de betrokken derde (al zal dit in de vennootschapsfeer wel gebruikelijk zijn). De initiële sterkmaker kan zich bovendien indekken door een *back-to-back* sterkmaking te bedingen van de koper van zijn participatie.

**8. Voorwerp van de overeenkomst: de onderneming versus de (aandelen in de) rechtspersoon** – Ook bij het bepalen van het voorwerp van de contractuele regels dient de rechtspersoon als drager van de onderneming (en de aandelen daarin) juridisch scherp te worden onderscheiden van de onderneming (handelsfonds) zelf. In economische zin worden beide vaak als eenheid gedacht, zeker als het een 100% of controle-verschaffende participatie betreft.

Het belang van dit onderscheid wordt geïllustreerd door een arrest van het Hof van Beroep van Gent, dat weigerde om de overdracht van alle aandelen van een vennootschap gelijk te stellen met de overdracht van de onderneming van die vennootschap.<sup>19</sup> De overdracht van aandelen door de aandeelhouders werd daarom niet gekwalificeerd als een inbreuk op de exclusiviteit die door een makelaar met de rechtspersoon was bedongen voor de overdracht van het handelsfonds.

Ook dient te worden opgelet dat overdrachtsbeperkingen op aandelen niet kunnen worden omzeild door een overdracht van de onderneming, en *vice versa*.<sup>20</sup>

Een ander voorbeeld is de beperkte wettelijke bescherming van de koper van aandelen van een vennootschap. In juridische zin betreft het voorwerp hier louter de aandelen in de vennootschap, en niet de onderneming van die vennootschap, al zal dit wel het voorwerp in economische zin zijn. De garanties van de koper op grond van het gemeen kooprecht beperken zich daardoor in de regel tot de aandelen, waardoor ze aanzienlijk minder zijn dan bij een overdracht van de activa van een onderneming.<sup>21</sup> Om deze redenen worden in de regel deze garanties contractueel uitgebreid door “verklaringen en waarborgen” (*representations and warranties*).

Om dezelfde reden wordt doorgaans aangenomen dat bij de overdracht van aandelen – anders dan bij de overdracht van een onderneming – de verkoper bij gebreke van een expliciet contractueel beding niet gehouden is tot een niet-concurrentieverplichting.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Gent 3 november 1998, TRV 2000, 291.

<sup>20</sup> R. TAS en M. WAUTERS, “De overdracht van aandelen: een contract over aandelen met garanties inzake de vennootschap”, in *Vennootschaps- en Financieel Recht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2002, 38, nr. 22.

<sup>21</sup> Zie o.a. M. WAUTERS, “Garanties bij de overdracht van aandelen”, *DAOR* 1997, 35-36; R. TAS en M. WAUTERS, “De overdracht van aandelen: een contract over aandelen met garanties inzake de vennootschap”, *l.c.*, 28, nr. 4 (met de verwijzingen naar de dissidente stemmen); P. LEYS, “Verklaringen en waarborgen in een Belgische overeenkomst tot overdracht van aandelen”, in *Actualia Vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 447-454; S. VERVERKEN, “De begunstigde van contractuele garantieclausules bij de overdracht van aandelen”, *DAOR* 2010, 365.

<sup>22</sup> Zie elders in dit boek de bijdrage van F. PARREIN en S. DE DIER.

9. **Juridische continuïteit bij discontinuïteit in het aandeelhouderschap** – Eén van de voordelen van de rechtspersoonstechniek is dat door een overdracht van aandelen de zeggingsmacht en de economische rechten over een onderneming kunnen worden overgedragen met juridisch een vermogensrechtelijke continuïteit. Het aanknopingspunt voor vermogensrechtelijke verhoudingen, bv. overeenkomsten, is immers de abstracte rechtspersoon, die niet wijzigt. Dit enorme voordeel brengt ook aandachtspunten met zich mee.

Een eerste geval betreffen overeenkomsten die *intuitu personae* zijn. Anders dan bij natuurlijke personen, zullen de “persoonlijke” kenmerken van de rechtspersoon zelf bijna nooit doorwegen in de contractuele relatie.<sup>23</sup> Een contract zal eerder worden aangegaan omwille van de aard van de onderneming die door de rechtspersoon wordt gevoerd (*intuitu firmae*), de solvabiliteit van de rechtspersoon (*intuitu pecuniae*) of omwille van de identiteit van de bestuurders en/of aandeelhouders van de rechtspersoon. Voor de laatste hypothese is in contracten met een rechtspersoon een zgn. *change of control* – clause het functionele equivalent van de regels die gelden voor contracten *intuitu personae*. Zulke clause geeft bij een controlewijziging over de contractspartij de andere partij bepaalde rechten, bv. het recht om de overeenkomst op te zeggen.<sup>24</sup> Daarbij dient bij voorkeur contractueel ook te worden afgedekt dat de *change of control* – clause op haar beurt niet kan worden omzeild, door niet de aandelen in de tegenpartij over te dragen, maar de aandelen op een hoger niveau (bv. in de moedervenootschap van deze aandeelhouder).

De koper van aandelen dient zich er ook van bewust te zijn dat hij ook de passiva van vóór zijn intrede zal “ondergaan”, niet doordat hij hiervoor aansprakelijk is – de niet-aansprakelijkheid van aandeelhouders speelt hier uiteraard – wel omdat die passiva mee de netto-waarde van zijn aandelen bepalen. Hierdoor draagt hij het economisch risico voor vennootschapschulden die hun oorsprong vinden in de periode toen hij nog geen zeggingsmacht had over de vennootschap, ook als die later opduiken. Dit kan, indien gewenst, in de overdrachtsovereenkomst worden afgedekt door een vrijwaring door de verkoper.

Een vergelijkbaar risico speelt indien de doelwitvennootschap na de aandelenoverdracht nog diensten of producten zal leveren aan de verkoper. Indien de doelwitvennootschap aansprakelijk wordt gesteld t.a.v. de verkoper, valt het economische nadeel hiervoor bij de koper als actuele eigenaar. Dit zal misschien niet gewenst zijn in de mate deze wanprestatie haar oorsprong vindt in omstandigheden van vóór de aandelenoverdracht. Economisch zal de wanprestatie dan

<sup>23</sup> M. WAUTERS, “De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak”, TRV 2004, 247.

<sup>24</sup> Zie voor de NV en de Comm. VA de bijzondere bevoegdheid van de algemene vergadering in art. 556 W.Venn. en de discussie omtrent het toepassingsgebied daarvan (o.a. M. DALLE, “Art. 556 W.Venn. is toepasselijk op elk beding inzake controlewijziging (*change of control clause*) ten laste van een naamloze vennootschap”, TRV 2004, 87 e.v. en D. NAPOLITANO, “Art. 17bis Wet 2 maart 1989 en het recht op opeisbaarstelling van een krediet in geval van controlewijziging”, TRV 1998, 382 e.v.).

immers toerekenbaar zijn aan de verkoper. Juridisch wordt ze echter toegerekend aan de doelwitvennootschap, met negatieve economische gevolgen voor de koper. In een extreem geval zou de verkoper onmiddellijk na de aandelenoverdracht de koper kunnen treffen met een vordering tegen de doelwitvennootschap voor fouten waar hij in bedrijfsmatige zin zelf voor verantwoordelijk is. Eén mogelijkheid om hier aan te remediëren is door het begrip "eigen schuld van het slachtoffer" contractueel uit te breiden in het contract tussen de verkoper-afnemer en de doelwitvennootschap-leverancier:

**Voorbeeldclausule.** [Provider/target company] shall not be in breach of this agreement to the extent its failure to perform its obligations under this agreement is a result of or is contributed by (i) any breach by [recipient/seller] of its obligations under this agreement or (ii) any action or omission of any affiliate of [recipient/seller] prior to the [date of transfer of shares].

10. "Persoonlijke schade" in de vennootschapssfeer – De thema's van de relativiteit van overeenkomsten en het onderscheid tussen de onderneming en de rechtspersoon die haar draagt, brengen ons bij het thema van "persoonlijke schade". Een partij kan enkel vergoeding van haar eigen, persoonlijke, schade eisen, tenzij er een bevoegdheid is om op te treden voor rekening van een ander rechtssubject.<sup>25</sup>

Samen met de relativiteit van overeenkomsten impliceert dit dat een contractuele vordering niet gegrond zal zijn indien de eisende partij niet zowel (i) een contractueel recht heeft en (ii) eigen, persoonlijke schade kan aantonen.

Deze regels lijken evident en intuïtief. Als enkel mijn buurman schade heeft, waarom zou *ik* dan vergoeding moeten krijgen? Waarom zou mijn buurman een contractuele vergoeding moeten krijgen, indien enkel *mijn* contractuele rechten zijn geschonden?

Het is enkel wanneer toegepast op onstoffelijke entiteiten, zoals een rechtspersoon, dat deze regels soms tot tegenintuïtieve resultaten leiden. Vanuit een economisch standpunt, vallen de belangen van andere entiteiten, zoals de aandeelhouders of verbonden entiteiten, vaak samen met de belangen van de vennootschap. Indien de netto-activa van de vennootschap stijgen of dalen, zullen ook deze "derden" een voordeel hebben of een nadeel lijden. Vanuit een juridisch standpunt, evenwel, zijn deze activa louter de activa van de vennootschap zelf.

Dit vindt ook toepassing op een contractuele (of andere) vordering tegen derden, wat immers slechts een voorbeeld van een vennootschapsactief is. Het gevolg hiervan is dat niet elke entiteit die een nadeel heeft in de economische zin, ook een juridische vordering tot schadevergoeding zal hebben. Hierdoor kan het gebeuren dat enerzijds de entiteit die benadeeld is in economische zin geen juridische vordering heeft en dat anderzijds de entiteit met een theoretische vordering geen eigen, persoonlijke schade kan aantonen om die vordering inhoud te geven. Dit willen we eerst illustreren vanuit de schade van aandeelhouders (nr. 11- 12), in

<sup>25</sup> W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 452.



het bijzonder bij de schending van een niet-concurrentieverplichting (nr. 13-14) en vanuit contracten met een entiteit uit een vennootschapsgroep (nr. 15-16).

## Hoofdstuk II

### AANDEELHOUDERSSSCHADE:

#### VAN DE SPAANSE BURGEROORLOG TOT FORTIS

**11. Aandeelhouder heeft geen eigen vordering voor afgeleide schade (*Barcelona Traction*)** – De economische waarde van het aandeel in een vennootschap zal de invloed ondergaan van stijgingen of dalingen in het eigen vermogen van de rechtspersoon. Toch heeft de aandeelhouder geen aansprakelijkheidsvordering op grond van schade die louter bestaat in de reflectie van schade aan het vennootschapsvermogen op de waarde van zijn aandeel. De aansprakelijkheidsvordering komt enkel toe aan de rechtspersoon en is onderworpen aan de voorrang van de vennootschapsschuldeisers en de toepasselijke wettelijke en statutaire bestuursregeling.

De onmogelijkheid om afgeleide schade te vorderen blijkt zeer mooi uit de bekende *Barcelona Traction*-uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 5 februari 1970.<sup>26</sup> In dit geschil tussen België en Spanje ging het om schadeveroorzakend handelen tijdens de Spaanse burgeroorlog dat toerekenbaar werd geacht aan de Spaanse staat.

De initiële schadelijder was een vennootschap naar Canadees recht, waarvan de dochtervennootschappen *de facto* werden genationaliseerd in het kader van insolventieprocedures. In tweede instantie trof deze schade de aandeelhouders, die uitsluitend of voornamelijk de Belgische nationaliteit hadden.

Het Internationaal Gerechtshof ontzegde België *ius standi* om op te komen ter bescherming van haar onderdanen (de aandeelhouders). Ter verantwoording hiervan beroept het Internationaal Gerechtshof zich op de regel inzake afgeleide schade in de nationale rechtstelsels:

*"[W]henever a shareholder's interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed."*

**12. Betwist en bevestigd (*Fortis*)** – De regel dat aandeelhouders geen vorderingsrecht hebben voor hun afgeleide schade, werd de laatste jaren hevig betwist in een deel van de doctrine.<sup>27</sup> De betrokken auteurs stellen daarbij dat de regel inzake

<sup>26</sup> Internationaal Gerechtshof, België v. Spanje, 5 februari 1970 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, *ICJ Reports* 1970, 3).

<sup>27</sup> D. DE MAREZ, *De afgeleide schade van aandeelhouders van een naamloze vennootschap*, proefschrift, K.U. Leuven, 2004; L. CORNELIS, "Persoonlijk: over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator", in *Liber amicorum Y. Merchiers*, Brugge, Die Keure, 61; H. DE WULF, "Direct shareholder suits for damages based on reflective losses", in *Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift K. Hopt*, Berlin, De Gruyter, 2010, 1537 e.v.

afgeleide schade een toepassing is van de algemene verbintenisrechtelijke regels inzake schade door weerkaatsing. Deze schade is enkel vergoedbaar op het ogenblik dat deze schade zeker wordt. Hieruit leiden ze af dat, indien de afgeleide schade van de aandeelhouders zeker wordt, met name indien de rechtspersoon te kennen geeft geen vergoeding te zullen vorderen, de aandeelhouders een eigen zelfstandig vorderingsrecht krijgen voor hun deel in de afgeleide schade.

Dit miskent dat aandeelhouders niet zomaar derden zijn *naast* de primaire schadelijder, die door weerkaatsing worden getroffen. Zij zijn deelgenoten *in* de primaire schadelijder met een aandeel achtergesteld aan de vennootschapsschuldeisers en zonder bevoegdheid om voor eigen rekening over de vennootschapsactiva te beschikken. De rechtspersoonstechniek zelf impliceert dat de vordering van de rechtspersoon geen vordering is van de deelgenoten. Deze regel geldt voor alle activa van de rechtspersoon en heeft een dubbele doelstelling: (i) de activa van de rechtspersoon tot voorkeur bestemmen voor de schuldeisers van die rechtspersoon en (ii) de activa aan een bijzondere beheersregime te onderwerpen (bv. meerderheidsprincipe en autonomie van het bestuur).

Er is geen reden om hiervan af te wijken voor één actiefbestanddeel van de rechtspersoon, nl. een onrechtmatige daadsvordering, en een "omgekeerde doorbraak" van de *corporate veil* te aanvaarden.

Ook de schadeveroorzaker zelf heeft er een rechtmatig belang bij dat afspraken die hij geldig gemaakt zou hebben met de vennootschap als schadelijder (bv. dading), niet worden doorbroken door individuele aandeelhouders.

De traditionele regel werd recent bevestigd in een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel naar aanleiding van een vordering van aandeelhouders van het voormalige Fortis tegen de Belgische Staat, wegens beweerde onrechtmatige gedragingen naar aanleiding van de overdracht van activiteiten van de Fortis groep aan BNP Paribas tijdens de bankencrisis van 2008.<sup>28</sup>

De Rechtbank bevestigde dat aandeelhouders niet met succes een vordering kunnen instellen voor schade die de vennootschap treft, zelf al staat het vast (i) dat de aandeelhouders zelf hierdoor ook worden benadeeld en (ii) dat de vennootschap zelf geen vordering zal instellen.

<sup>28</sup> Rb. Brussel 3 februari 2011, TRV 2011, 199 (voor zover ons bekend nog niet definitief). Afgezien van de grond van de zaak lijkt deze case structureel erg op de *Barcelona Traction*-case: een claim voor rekening van aandeelhouders, een holdingvennootschap waarvoor zelf niet wordt opgetreden en activiteiten waarvan wordt beweerd dat ze onrechtmatig door een overheid aan de vennootschap zijn onttrokken.

### Hoofdstuk III

#### RELEVANTIE BIJ DE SCHENDING VAN EEN NIET-CONCURRENTIEBEDING IN EEN OVEREENKOMST TOT OVERDRACHT VAN AANDELEN

13. **Kortsluiting tussen contractuele vordering en schade** – De regel dat een aandeelhouder geen vordering heeft tot vergoeding van schade die de vennootschap treft, geldt in beginsel ook voor contractuele schade van de vennootschap.<sup>29</sup>

Hierdoor ontstaat er een risico van een kortsluiting tussen contractuele vordering en benadeling in de economische zin. In het bijzonder bij overeenkomsten tot overdracht van aandelen is dit een essentieel – en vaak verwaarloosd – aandachtspunt.<sup>30</sup>

Dit wordt geïllustreerd in een recent arrest van het Hof van Beroep van Brussel over de schending door de verkoper van een niet-mededingsverplichting in een overeenkomst tot overdracht van aandelen.<sup>31</sup> Het Hof was van oordeel (i) dat de clausule geldig was, (ii) dat de clausule geschonden was door de verkoper en (iii) dat deze schending aanzienlijke schade had veroorzaakt op het niveau van de doelwitvennootschap. Deze doelwitvennootschap zelf had hiervoor geen schadevergoedingsclaim: ze was geen partij bij de overdrachtsovereenkomst noch derde-begunstigde. Het Hof van Beroep van Brussel ging niet zover dat het elke schadevergoedingsclaim in hoofde van de koper-contractant uitsloot. Wel maakte het Hof de sprong van vennootschapsschade naar contractuele vergoeding van de aandeelhouder slechts zeer moeizaam. Het Hof weerhield uiteindelijk slechts een “verlies van een kans” op dividenduitkeringen in hoofde van de koper en kende een vergoeding toe die slechts een fractie was van de schade die het op het niveau van de vennootschap zelf bewezen achtte.

Een andere benadering vinden we in een arrest van het Hof van Beroep van Gent uit 1995.<sup>32</sup> Het Hof oordeelde hier in een gelijkaardig geval dat de koper bij een schending van een niet-concurrentiebeding in een overeenkomst tot overdracht van aandelen een eigen vordering heeft tot vergoeding van zijn schade die bestaat in de waardevermindering van zijn aandelen. Dit was des te opmerkelijk omdat een andere rechtbank had geoordeeld dat de niet-concurrentieclausule ten gunste van de doelwitvennootschap was bedongen en een eigen schadevergoeding had toegekend. Omdat het Hof uiteindelijk *ex aequo en bono* oordeelde, kan moeilijk worden gecontroleerd hoe de schadevergoeding toegekend aan de aandeelhou-

<sup>29</sup> Zie K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992-98)”, *TPR* 2000, 397, nr. 373.

<sup>30</sup> Zie o.m. K. GEENS “Overname van een onderneming”, in *Juridische actualiteit omtrent de KMO*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1995, 12-13; P.-O. MAHIEU, “La réparation du dommage dans les appels à la garantie liés aux cessions d’entreprises”, in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Brussel, Larcier, 2008, 269 e.v.; A. COIBION, “Quelques réflexions sur les garanties conventionnelles en matière de cessions d’actions et sur l’influence de la pratique anglaise”, *TBH* 2003, 877; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2009, 147, nr. 119, 203, nr. 158 en 426, nr. 322.

<sup>31</sup> Brussel 17 november 2008, *TRV* 2011, 300, noot B. BELLEN.

<sup>32</sup> Gent 23 juni 1995, *TRV* 1996, 642, noot.

ders zich verhiel met het nadeel op het niveau van de doelwitvennootschap. Wel wordt de indruk gewekt dat hier veel minder dan in het recent Brussels arrest de schade van de aandeelhouder restrictief wordt benaderd.

Een andere mogelijke verzoening van de disconnectie tussen nadeel en claim zou er in kunnen bestaan, zonder een uitdrukkelijke bepaling in die zin, een impliciet beding ten voordele van de doelwitvennootschap te lezen in een niet-concurrentiebeding.<sup>33</sup>

**14. Contractuele mogelijkheden om deze kortsluiting te overbruggen** – De praktische les van deze rechtspraak is dat het risico van kortsluiting best *ex ante* contractueel wordt geregeld.

Eén mogelijkheid is een forfaitair schadebeding ten voordele van de koper op te nemen.<sup>34</sup> De rechter heeft hierbij echter een matigingsbevoegdheid in het licht van de voorzienbare schade in hoofde van de koper (art. 1231 § 1 BW). In de mate dat de rechtspraak moeilijkheden heeft om schade in hoofde van een koper-aandeelhouder te aanvaarden, riskeert dit ook deze matigingsbevoegdheid uit te lokken.

In plaats van of bovenop een forfaitair schadebeding kan daarom uitdrukkelijk worden voorzien dat de schade op het niveau van de doelwitvennootschap contractueel geldt als eigen schade van de koper-aandeelhouder. De schade van de vennootschap (die per hypothese buiten de contractuele band staat) wordt dan contractueel verplaatst naar de aandeelhouder-contractant.<sup>35</sup> De Gentse casus uit 1995 illustreert dat bij een beding ten behoeve van de doelwitvennootschap dient te worden vermeden dat er dubbele schadevergoeding zou moeten worden betaald, bv. door te stipuleren dat de aandeelhouder zelf geen vordering meer heeft in de mate de vennootschap haar schade vergoed kreeg (*non bis in idem*).

Ook dient contractueel te worden geregeld in welke mate de bepalingen van de overeenkomst zoals beperkingen aan aansprakelijkheid (de minimis-bepalingen, drempels of franchises, maxima, conventionele verjaringstermijnen, ...) of procedurele afspraken omtrent claims van toepassing zijn op het eigen recht dat de doelwitvennootschap zou krijgen krachtens de overeenkomst.

*Voorbeeldclausule.* Any loss incurred by the [target company] in relation to which the [purchaser] shall have a claim for indemnification by the [seller] pursuant to this [agreement/clause] shall be deemed to be incurred by the [purchaser] in the same amount (subject to the other rules and principles set forth in [ ]), and can no longer be claimed by the [target company] from the [seller].

<sup>33</sup> Zie over de mogelijkheid hiervan S. VERVERKEN, "De begunstigde van contractuele garantieclausules bij de overdracht van aandelen", *DAOR* 2010, 379 e.v.

<sup>34</sup> B. BELLEN, "Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten", *TRV* 2011, 325.

<sup>35</sup> Zie hierover E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 171.



Een andere mogelijkheid is een beding ten behoeve van de doelwitvennootschap. Indien de overdracht niet 100% van alle aandelen betreft, dient er rekening mee te worden gehouden dat een beding ten behoeve van de doelwitvennootschap het aansprakelijkheidsrisico aanzienlijk verhoogt in vergelijking met een beding dat bepaalt dat de koper de waardevermindering van zijn participatie kan vorderen. Ook dit kan uiteraard contractueel worden verfijnd.

Eventueel kan worden voorzien dat de doelwitvennootschap enkel een eigen recht heeft indien de koper dit kiest. Dit geeft de koper de nodige flexibiliteit, bv. als de omvang van zijn participatie later zou veranderen of als het door het risico van insolventie niet aangewezen is dat de schadevergoeding bij de vennootschap terecht komt.

Wel dient zulk keuzerecht precies te worden geformuleerd als een eigen recht van de doelwitvennootschap tot nakoming van het niet-concurrentiebeding. Indien het keuzerecht geïnterpreteerd wordt als enkel de mogelijkheid om de schadevergoedingsaanspraak over te dragen of te laten betalen aan de doelwitvennootschap, krijgt deze enkel een recht dat met dezelfde onzekerheden is behept als de vergoedingsaanspraak van de aandeelhouder zelf. Ook is het aangewezen de keuze bij de koper te leggen en niet bij de doelwitvennootschap zelf. Een keuze door de vennootschap om haar schade aan een aandeelhouder te laten vergoeden zou problematisch zijn vanuit het vennootschapsbelang.

De regel van aanvullend recht is dat de derde vanaf kennisname van een derdenbeding een verworven recht krijgt. Indien de doelstelling van een derdenbeding erin bestaat om een kortsluiting tussen schade en vorder te overbruggen is zulk gebrek aan flexibiliteit meestal niet gewenst. Deze voorbeeldclausule voorziet daarom de mogelijkheid om zonder toestemming van de begunstigde vennootschap het derdenbeding te wijzigen:

*Voorbeeldclausule. The covenants in this clause may with the prior written consent of the [purchaser] be enforced by [the target company] against the [seller] as the beneficiary of a third party right in the meaning of Article 1121 of the Belgian Civil Code (stipulation pour autrui/beding ten behoeve van een derde). The provisions of this clause may be varied or terminated by agreement between the [seller] and the [purchaser] (and the [purchaser] may also release or compromise in whole or in part any liability in respect of rights or claims contemplated by this clause) without the consent of [the target company].*

Indien het doelwit van de overdracht een vennootschapsgroep is, dient het beding te worden uitgebreid tot alle relevante entiteiten van die groep.

Het zal niet altijd voldoende zijn om de positie van de partijen materieelrechtelijk te alligneren. Ook de procedurele contractsbedingen verdienen bijzondere aandacht, zeker indien er een arbitragebeding is. Een derdenbeding ten voordele van de doelwitvennootschap maakt op zich nog niet een arbitragebeding in de overeenkomst van toepassing op die vennootschap.<sup>36</sup>

#### Hoofdstuk IV OOK BIJ VENNOOTSCHAPSGROEPEN CONTRACTUELE "OMGEKEERDE DOORBRAAK" NUTTIG

15. Groepsvennootschap als "contractueel betrokken derde" – Een andere hypothese waar een kortsluiting tussen contractuele claim en economische benadeling dreigt, zijn overeenkomsten met een vennootschap die deel uitmaakt van een groep.

Dit is in de praktijk veel belangrijker dan de aandacht die de doctrine hier aan besteedt. Het *Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe* (2002) stelt terecht dat, zeker voor grote ondernemingen, de economische realiteit niet langer de op zichzelfstaande vennootschap is, maar de groep van verbonden vennootschappen. De sterk geïntegreerde groep kan begrepen worden als één onderneming die door verschillende entiteiten in stand wordt gehouden.

Vaak zal het in een groep voorkomen dat één vennootschap uit de groep in eigen naam goederen of diensten koopt die economisch alle leden van die groep ten goede komen. Een wanprestatie door de leverancier zal dan niet enkel de contracterende vennootschap treffen maar ook met haar verbonden vennootschappen.

De verbonden vennootschappen zijn per hypothese geen contractspartij en zullen daarom geen contractuele vordering hebben.<sup>37</sup> De drempel voor een onrechtmatige daadsvordering van de verbonden vennootschappen wegens een contractuele wanprestatie zal slechts uitzonderlijk worden behaald.<sup>38</sup>

Indien de "doorlevering" naar de andere groepsentiteiten gebeurt op grond van een onderlinge contractuele relatie kan de rechter bij de bepaling van de door de leverancier verschuldigde schadebegroting rekening houden met de contractuele schade die de contracterende groepsvennootschap op haar beurt verschuldigd is aan de andere groepsvennootschappen.<sup>39</sup> Een contractuele relatie tussen de verschillende groepsvennootschappen zal echter niet altijd (formeel) aanwezig zijn.

<sup>36</sup> Zie hierover B. DEMEULENAERE, "Arbitrale bevoegdheids- en rechtmachtsaspecten in het kader van koop – en verkoopovereenkomsten van aandelen", TPR 1995, 439 e.v.; H. VERBIST, "Draagwijdte van het arbitragebeding ten aanzien van derden", in *Arbitrage en derden*, Bruylant, Brussel, 2008, 27 e.v.

<sup>37</sup> E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 171.

<sup>38</sup> Zie E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 195 e.v.

<sup>39</sup> Zie I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 133, nr. 114.

De vraag is dan of de contractant schade kan vorderen die geleden wordt door de andere groepsvennootschappen, die in juridische zin een derde zijn (*Drittschadensliquidation*).<sup>40</sup>

Dirix heeft er in zijn proefschrift op gewezen hoe dit naar Belgisch recht wordt toegestaan in gevallen van middellijke vertegenwoordiging (naamlener, commissionair).<sup>41</sup> Deze rechtspraak kan misschien ook inspiratie bieden voor de kortsluiting tussen schade en vordering in een groepscontext (als hier al niet simpelweg sprake is van middellijke vertegenwoordiging). Net zoals bij middellijke vertegenwoordiging, wordt het contract afgesloten (mede) voor rekening van andere entiteiten dan de contractspartij die echter wel “contractueel betrokken” zijn. De situatie van de contracterende groepsvennootschap lijkt daarmee op het klassieke schoolvoorbeeld van de vader die een reis voor het ganse gezin heeft gekocht bij een touroperator: als het zwembad minder groot is dan werd voorgehouden in de folder, kan de vader niet enkel zijn eigen schade vorderen, maar ook die van de rest van het gezin.<sup>42</sup>

Als voorwaarde geldt in ieder geval dat de debiteur redelijkerwijze kon voorzien dat de gevorderde schade zou voortvloeien uit de wanprestatie.<sup>43</sup> Vaak zal het duidelijk zijn dat een bepaalde dienst of product voor rekening van de ganse groep wordt gekocht.

16. *Contractuele wegen* – Beter is het echter om de kans op een disconnectie tussen schade en claim *ex ante* in de overeenkomst te voorkomen. Een eerste stap is duidelijk te documenteren, bv. in de preambule, dat het voordeel van het contract niet enkel voor de contractspartij geldt, maar ook voor andere leden van haar groep.

Dit wordt best aangevuld met een beding dat alle leden van de groep bevoordelt of een beding dat de contractspartij een eigen recht geeft om herstel te vorderen van de schade van andere groepsvennootschappen.

*Voorbeeldclausule. Each [party] hereby agrees to indemnify and hold the other [party] or any of its affiliates harmless from and against damage arising for such other party out of a breach of contract or otherwise under or in connection with this agreement.*

*Voorbeeldclausule. Each [party] hereby agrees to indemnify and hold the other [party] harmless from and against damage arising for such other party or any of*

<sup>40</sup> E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 173.

<sup>41</sup> E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 175; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 365, nr. 554.

<sup>42</sup> *Jackson v Horizon Holidays Ltd*, (1975), All ER, 92, aangehaald bij E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 178 en, specifiek als precedent voor aankoopvennootschappen van een groep, bij *Smith & Keenan's English law*, Pearson, Edinburgh, 2007, 291. Zie echter ook de restrictieve benadering in *Woodar Investment Development Ltd v Wimpey Construction UK Ltd* (1980) 1 All ER 571 en *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown* (2001) 1 AC 518, 538.

<sup>43</sup> E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 176.

*its affiliates out of a breach of contract or otherwise under or in connection with this agreement.*

Een tussenweg tussen een derdenbeding en een beding dat de contractant een eigen recht geeft voor de schade van een verbonden vennootschap, is een derdenbeding dat de contractant een recht geeft om voor rekening van de verbonden vennootschap in te vorderen:

*Voorbeeldclausule. The [debtor] agrees to indemnify and hold harmless the [creditor] and each of its affiliates (from time to time) from and against any loss arising from or in connection with any breach or failure to perform this agreement by the [debtor]. The [debtor] acknowledges and agrees that it gives the indemnity under this clause to the [creditor] in its own right and as the agent of each of its affiliates such that the [creditor] shall be entitled to enforce this indemnity on behalf of its affiliates.*



## Les 3

### "Mais je l'ai souvent vue payer l'addition"

#### De rechtspersoon in het rechtsverkeer / toerekening

**Bibliografie.** Zie over het "prokurasysteem" ingevoerd door de Eerste Richtlijn vooral J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Story, 1973. Zie recent over toerekeningsvragen J. Vananroye, "Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties", *TPR* 2004, 753-793 en de proefschriften van J. Delvoie (*Optreden van rechtspersonen van privaatrecht. Kritisch onderzoek naar de orgaantheorie als juridische grondslag voor toerekening van rechtshandelingen en onrechtmatige daden naar aanleiding van bestuuroptreden in rechtspersonen van privaatrecht*, VUB, Antwerpen, Intersentia, 2010) en S. De Geyter (*Organisatieaansprakelijkheid. Bestuurdersaansprakelijkheid, corporate governance en risicomanagement*, in *Reeks Instituut Financieel Recht*, UGent, 13, Antwerpen, Intersentia, 518 p.).

#### 1. Rechtsbekwaamheid, wettelijke specialiteit, statutaire specialiteit, belang

- (32) **Rechtsbekwaamheid / wettelijke specialiteit.** Rechtsbekwaamheid van rechtspersoon principieel gelijk aan die van een natuurlijke persoon. Uitzonderingen:

- Beperkingen aan rechtsbekwaamheid door de wet gesteld voor een bepaalde rechtsvorm: "wettelijke specialiteit".

Dit is vnl. van belang voor verenigingen en stichtingen, maar is door rechtspraak ook gebruikt om "finaliteit" van vennootschap af te dwingen (art. 1 al. 2 W.Venn.: "oogmerk om aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen" – zie ook art. 1 al. 3 (VSO)).

Zie bv. Cass. 30 september 2005, *TRV* 2006, 592, noot F. Jenné, *TBH* 2006, 1028, noot P.A. Foriers:

"Aangevochten beslissingen

Het bestreden arrest verwerpt het middel dat eiseres hieruit afleidde dat de litigieuze borgtocht door haar was aangegaan zonder enige tegenprestatie en zonder dat zij enig belang had in de vennootschap waaraan de borgtocht was gegeven, zodat zij louter om niet had gehandeld en die handeling derhalve niet aan haar kon worden tegengesteld wegens het op de handelsvennootschappen toepasselijke beginsel van de wettelijke specialiteit, op grond :

"Dat die borgtocht niet zonder tegenprestatie is gesteld, aangezien het niet wordt betwist dat X. D. tevens gedelegeerd bestuurder was van een naamloze vennootschap Espace Lulay, huurster van de bv.b.a. Les Messes de minuit".

Grieven

Krachtens artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen (oud artikel 1832 van het Burgerlijk Wetboek) heeft een vennootschap tot doel een of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen. Die bepaling vormt de grondslag van het beginsel van de wettelijke specialiteit die een algemene beperking aanbrengt aan de bekwaamheid van de rechtspersonen, of meer bepaald aan de bevoegdheid van de organen ervan, in die zin dat handelsvennootschappen enkel kunnen worden opgericht met het oog op de exploitatie van een winstgevende activiteit.

De miskenning van het beginsel van de wettelijke specialiteit impliceert dat de vennootschap geen verbintenis heeft aangegaan jegens derden die profijt zouden willen trekken uit de onrechtmatig verrichte handeling.

Het vereiste dat handelsvennootschappen winst moeten nastreven impliceert dat de door hen verrichte handelingen voor de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel moeten opleveren.

Daar het bestreden arrest het bestaan van een dergelijke tegenprestatie enkel hieruit afleidt dat X. D., afgevaardigd bestuurder van eiseres, tevens afgevaardigd bestuurder is van de naamloze vennootschap Espace Lulay, huurster van de bv.b.a. Messes de Minuit, waaraan de borgtocht was gegeven, terwijl de n.v. Espace Lulay helemaal geen partij is bij de verbintenissen die voortvloeien uit het gewaarborgde krediet en die de grondslag van het geschil vormen, miskent dat arrest het in artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen vastgelegde beginsel van de wettelijke specialiteit.

Aldus verbindt het arrest bovendien aan de omstandigheid dat X. D., afgevaardigd bestuurder van eiseres, tevens afgevaardigd bestuurder van de naamloze vennootschap Espace Lulay was, een gevolgtrekking die op grond ervan geenszins kan worden verantwoord, namelijk dat de betwiste akte borgstelling wel degelijk een tegenprestatie inhield voor eiseres, zodat het arrest het wettelijk begrip feitelijk vermoeden miskent en derhalve de artikelen 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek schendt.

#### IV. Beslissing van het Hof

##### 1. Tweede middel

Overwegende dat artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen bepaalt dat een vennootschap wordt opgericht door een contract op grond waarvan twee of meer personen overeenkomen iets in gemeenschap te brengen met als doel één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen en met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen ;

Dat, krachtens die bepaling, de bekwaamheid van de vennootschap en de bevoegdheid van haar organen om haar rechtsgeldig te verbinden beperkt zijn tot de handelingen die de vennoten een dergelijk voordeel bezorgen ;

Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt dat aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Les Messes de Minuit een krediet van 6.447.800 BEF is verstrekt door de naamloze vennootschap Société commerciale et de crédit, dat verweerster zich borg gesteld heeft voor de verbintenissen van de vennootschap Les Messes de Minuit en dat de afgevaardigd bestuurder van eiseres voor haar een borgtocht heeft aangegaan tot dekking van de verplichtingen als borg van verweerster, maar dat eiseres betwist door die handeling verbonden te zijn ;

Overwegende dat het arrest, dat, om te zeggen dat de borgtocht niet zonder tegenprestatie is aangegaan, zich beperkt tot de vermelding dat de afgevaardigd bestuurder van eiseres "tevens afgevaardigd bestuurder was van een naamloze vennootschap Espace Lulay, huurster van de vennootschap Les Messes de Minuit", terwijl het overigens niet vaststelt dat uit het gewaarborgde krediet enige verplichting is ontstaan voor de naamloze vennootschap Espace Lulay, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt ;

Dat, in zoverre, het middel gegrond is ;"

- Onbekwaamheid volgend uit de aard van de beoogde rechtshandeling of rechten. Zie J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, 326:

"Bij dit onderzoek dient uitgegaan te worden van de aard van de onderzochte rechtshandeling, van het recht van de verbintenis, en niet van de theoretische "natuur" van de rechtspersoon zelf."

- Sanctie bij overschreiding van wettelijke specialiteit: absolutie nietigheid van specialiteitsoverschrijdende handeling

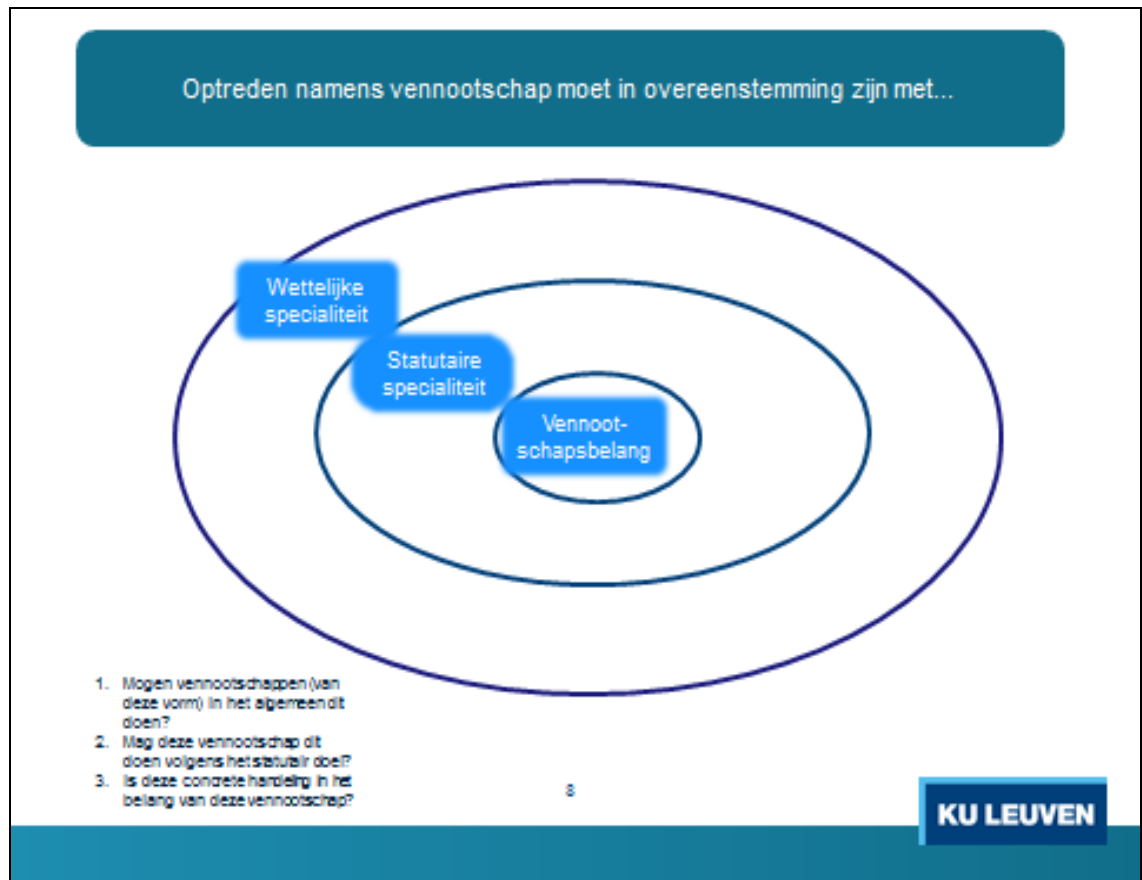
- (33) **Statutaire specialiteit** – De statutaire specialiteit wordt bepaald door de doelomschrijving van de rechtspersoon in de statuten:

- géén beperking aan de rechtsbekwaamheid van de rechtspersoon (in tegenstelling tot wettelijke specialiteit);
- wel een beperking aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van haar vertegenwoordigers (relevantie: mogelijkheid van schijnvertegenwoordiging en bekrachtiging);
- statutaire specialiteit in sommige rechtspersonen slechts beperkt tegenwerpelijk aan derden in NV, BVBA, CVBA. Lees art. 258, 407, 526 W.Venn.

(34) **Belang van de rechtspersoon.** Cf. discussie “enge” vs. “ruime” opvatting van het vennootschapsbelang.

- geen beperking aan de rechtsbekwaamheid van de rechtspersoon noch aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid;
- gedragsnorm die zich in eerste plaats richt naar vennootschapsfunctionarissen (uitdrukking van het “fiduciair” karakter van hun functie);
- maar kan ook gevolgen hebben t.a.v. derden (bv. niet-toerekening van vertegenwoordigingshandeling die indruist tegen vennootschapbelang bij kwade trouw van derde).

Niet te verwarren met “belang” van de rechtspersoon om in rechte te treden in de zin van art. 17 Ger.W.: “datgene wat het bestaan van de rechtspersoon, zijn vermogensrechtelijke goederen en zijn morele rechten raakt” (zie o.a. Cass. 4 februari 2008, RW 2010-11, 197.).



**Bijlage: J. Vananroye, "Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap" (leerstof)**



## Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap

Joeri Vananroye

### 1. Vennootschapsbelang : een afgezaagd verhaal ?

Het vennootschapsvermogen moet worden bestuurd in het belang van de vennootschap, de eigenaar van dit vermogen. Miskenning van dit vennootschapsbelang door (leden van) organen of andere agenten, kan worden aangevochten door interne actiemogelijkheden, zoals een *actio mandati* (interne aansprakelijkheidsvordering), een nietigheidsvordering of een vordering tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder.

Hoe eng of ruim dit eigen belang van de vennootschap moet worden ingevuld, is voorwerp van een eindeloos debat. Hier willen we enkel dit punt maken : hoe eng het vennootschapsbelang ook wordt begrepen, het wordt in ieder geval ook bepaald door de verhaalsbelangen van de schuldeisers van de vennootschap<sup>(1)</sup>. Het wordt nooit enkel “bepaald door het collectief winstbelang van haar huidige en toekomstige aandeelhouders”. Dat laatste zijn de woorden van een recent cassatiearrest over de verantwoordbaarheid van overdrachtsbeperkingen op grond van het vennootschapsbelang<sup>(2)</sup>.

**2. *Ubi remedium, ibi beneficium*.** Het schuldeisersbelang krijgt alvast procedureel gestalte bij insolventie of nakende insolventie doordat schuldeisers inspraak of controle kunnen krijgen over de interne vorderingen. Dit kan o.a. door de vorderingen zelf zijdelings uit te oefenen of door de vennootschapsorganen onbevoegd te maken en een neutraal bewindvoerder te laten aanstellen (bv. bij faillissement). Daarnaast hebben schuldeisers ook eigen actiemogelijkheden voor een benadeling van het vennootschapsvermogen, zoals bijzondere faillissementsaansprakelijkheden (o.a. art. 530 W.Venn.) en de *actio pauliana*.

**3. Drie casussen.** Schuldeisers kunnen door deze actiemogelijkheden, in hun eigen belang, de afdwinging benaastigen van het vennootschapsbelang. Hiermee is uiteraard nog niet aangetoond dat het schuldeisersbelang ook inhoudelijk invulling geeft aan deze norm. Dit willen we inductief benaderen vanuit drie casussen :

(i) De bestuurders van een NV zetten op kennelijk onrechtmatige wijze de reddeloos verloren activiteiten verder. Op het ogenblik dat ze de stekker hadden moeten uittrekken, had de vennootschap reeds een nettopassief. Als de vennootschap maanden later failliet wordt verklaard, is dit nettopassief aanzienlijk vergroot. Aandeelhouders worden door de onrechtmatige verderzetting niet benadeeld : ze zouden immers zonder de fout ook niets gekregen hebben bij een tijdige vereffening. *Kan de curator met de actio mandati de bestuurders met succes aansprakelijk stellen voor de vergroting van het nettopassief ?*

(ii) De enige zaakvoerder en vennoot van een BVBA verkoopt vennootschapsgoederen aan zichzelf aan voorwaarden die zeer ongunstig zijn voor de BVBA. Deze BVBA gaat kort daarna failliet. *Kan deze zaakvoerder strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld wegens misbruik van vennootschapsgoederen (art. 492bis Sw.) ? Kan de curator q.q. zich burgerlijke partij stellen ?*

(iii) Zelfde hypothese als onder (ii), maar tussen de benadelende verkoop en het faillissement zit een lange periode. Het faillissement is niet veroorzaakt door de benadelende verkoop en was op het ogenblik daarvan zelfs geen waarschijnlijke hypothese. *Kan de curator van de BVBA de zaakvoerder met succes aansprakelijk stellen voor het verschil tussen de*

1. Zie anders A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 435-440, nr. 347-350 (doch zie ook : *ibid.*, 722, nr. 531, in het bijzonder voetnoot 3250).

2. Cass. 16 januari 2014, *TRV* 2014, 286,

*normale prijs voor deze goederen en de prijs waaraan ze werden verkocht?*

Het antwoord van het positief recht op deze vragen is : (i) ja; (ii) ja en ja; en (iii) ja.

Na faillissement kan de *actio mandati*, op grond van de buitenbezitstelling, worden uitgeoefend door de curator. Ook een *actio mandati* die ontstond op het ogenblik dat de vennootschap “onder water is”, is een recht dat door de curator te gelde kan worden gemaakt<sup>(3)</sup>. M.a.w. : een benadeling van de schuldeisers in hun verhaal mogelijkheden wordt afgedwongen d.m.v. een interne vennootschapsvordering (casus (i)).

Deze vordering komt de schuldeisers ook ten goede als op het ogenblik van de schending van het vennootschapsbelang insolventie nog veraf was (casus (iii)). Vennootschapsrechtelijke actiemiddelen wegens een nadeel aan de vennootschap bieden schuldeisers daarom soms herstel waar ze dit niet zouden krijgen door een *actio pauliana*; die vereist immers bedrog of minstens wetenschap, op het ogenblik van de benadelende handeling, dat schuldeisersverhaal erdoor in gedrang komt<sup>(4)</sup>.

Een mooi symptoom van hoe schuldeisers ook het vennootschapsbelang kleuren, is dat ook in een één-persoons-BVBA het handelen van de enige zaakvoerder en vennoot nuttig aan deze norm kan worden getoetst (casus (ii) en (iii)). De zaakvoerder is t.a.v. de vennootschap aansprakelijk tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit een voordeel dat hij ten koste van de vennootschap onrechtmatig zou hebben verkregen (art. 261, al. 2 W.Venn.). Ook een enige vennoot kan het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen plegen (casus (ii))<sup>(5)</sup>. De BVBA kan zich daarbij, middels de curator, als een monster van Frankenstein tegen haar schepper keren.

Kortom : het vennootschapsbelang valt niet samen met het belang van de aandeelhouder(s); ook schuldeisers worden door deze norm beschermd (soms als enigen); en deze bescherming gaat verder dan hun bescherming op grond van de *actio pauliana*. Art. 492bis Sw. verduidelijkt dan ook terecht het vermogensbelang van een rechtspersoon door te verwijzen naar “zijn schuldeisers en vennoten”.

**4. Aandeelhouders als bezwaarde eigenaar.** De collectiviteit van aandeelhouders heeft hierdoor nooit dezelfde autonomie als de eigenaar-natuurlijke persoon. Hun bevoegdheid lijkt meer op die van een eigenaar wiens goederen belast zijn met een zakelijk zekerheidsrecht met een vlottend onderpand, zoals het pand op de handelszaak. Deze kan enkel beschikken als een “bewaarder” (art. 8 Wet Pand Handelszaak 1919) of “binnen een normale bedrijfsvoering” (art. 21 Pandwet 2013).

Bij een pand blijft de schuldenaar eigenaar, maar de normale attributen van zijn eigendomsrecht worden uitgehold door een beschikkingsonbevoegdheid in het voordeel van de pandhoudende schuldeiser. Bij de rechtspersoonstechniek zijn de aandeelhouders geen (mede-)eigenaar, maar hebben ze verregaande lidmaatschaps- en economische rechten die hen op een eigenaar doen lijken. De bevoegdheden bij elke figuur kennen een tempering, resp. de beschikkingsonbevoegdheid en het vennootschapsbelang, die erg gelijkend is.

Functioneel gelijken een pand en een rechtspersoon dan ook erg op elkaar. Zowel bij pand als bij een rechtspersoon zijn activa bij voorrang afgeschermd ten behoeve van schuldeisers, die benadeeld worden als hun onderpand verarmt. Dat het vennootschapsdoel, net als de beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever, óók is ingegeven door de bescherming van schuldeisers, zou dan ook niet mogen verbazen.

Schuldeisersbenadeling is bij een rechtspersoon zelfs meer prangend dan bij pand. Vennootschaps-schuldeisers dienen niet enkel een verarming van hun “onderpand” te vrezen, maar ook de concurrentie van latere schuldeisers met een gelijke of zelfs hogere rang. In een volkomen rechtspersoon is dat “onderpand” bovendien, wegens de beperkte aansprakelijkheid, hun enige voorwerp van verhaal.

3. J. VANANROYE, “Vorderingsrechten van curator en individuele schuldeisers voor schade aan het vermogen van de gefailleerde”, noot onder Cass. 5 december 1997, *TRV* 1998, 282-283.

4. J. VANANROYE en L. MARIËN, “Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in *Fraus omnia corrumpit : mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Leerstoel C. Matheussen 2013, te verschijnen, nr. 28.

5. B. TILLEMEN en Ph. TRAESE, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in *Curatoren en vereffenaars : actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 955, nr. 25.

## 2. De rechtspersoon in het privaatrecht: "the mad uncle in the closet"

- (35) **Probleemstelling.** Principiële gelijkstelling van rechtspersoon en natuurlijke persoon biedt geen antwoord op de vraag hoe een rechtspersoon in te kaderen in het privaatrecht dat geschreven is op maat van mensen van vlees en bloed.

Vele regels uit het privaatrecht hanteren subjectieve begrippen zoals nalatigheid, wil, kennis, goede trouw opzet ... Dit maakt deze regels moeilijk toe te passen op de rechten en verplichtingen van dragers die geen fysieke personen zijn.

Traditioneel gaat het privaatrecht dit probleem uit de weg. Het hedendaags handboek verbintenissenrecht geeft nauwelijks meer aandacht aan de rechtspersoon dan de Code civil. De rechtspersoon is "the mad uncle in the closet". Letterlijk: vaak wordt de rechtspersoon behandeld samen met ... kinderen die nog niet tot de "jaren des ondersheids" zijn gekomen en de geestesgestoorden. Als abstract rechtssubject wordt de rechtspersoon geacht geen "volkomen wil" te hebben.

Voorbeelden van enkel vragen:

- Kan rechtspersoon morele schade lijden?
- Kan een verhuurder-rechtspersoon eigen gebruik hebben? Verschil tussen handelshuur en woninghuur? Kan een verhuurder-rechtspersoon beëindigen "ten voordele van verwanten"? (zie K. Vanhove en S. Blommaert, "Handelshuur, eigen gebruik en vennootschappen: het einde zoek?", RW 2006-07, 1222 e.v.)
- Kan een rechtspersoon bestuurder zijn, zich verkiesbaar stellen, bediende zijn, een vrij beroep uitoefenen, voogd zijn?
- Kan een rechtspersoon gestalkt worden? Zie Grondwettelijk Hof 10 mei 2007, TRV 2007, 338, noot F. Parrein:

Wegens de objectieve verschillen tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon is het niet discriminerend om alleen de belaging (stalking) waarvan een natuurlijke persoon het slachtoffer is, op specifieke wijze strafbaar te stellen. In deze interpretatie van artikel 442bis Sw. kan belaging immers worden begrepen als een gedrag dat de gevoelsrust van de belaagde persoon verstoort, wat alleen denkbaar is ten aanzien van een natuurlijke persoon. De rechtspersoon waarvan de werking zou worden verstoord door handelingen of gedragingen die verwant zijn met belaging, beschikt over andere rechtsmiddelen om ze te doen ophouden. Hij kan onder meer de verwijzing verkrijgen van de persoon die zijn rust heeft verstoord, voor de correctionele rechtbank, uit hoofde van de tenlasteleggingen van laster, eerroof of beledigingen.

- Kan een rechtspersoon zich kan beroepen op de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, op de vrijheid van meningsuiting, op het recht op een eerlijk proces, op de bescherming van diens eigendomsrecht of privacy?

Zie over de bescherming van persoonlijkheids- en grondrechten voor rechtspersonen o.m. G. Ballon, "De persoonlijkheidsrechten van de rechtspersoon", in *Liber Amicorum Jan Ronse*,

Brussel, Story Scientia, 1986 en F. Parrein, "Kan een rechtspersoon worden gestalkt?", TRV 2007, 338 e.v.

- Zie recent bv. United States Supreme Court, CITIZENS UNITED v. FEDERAL ELECTION COMM'N ( No. 08-205 ), 21 januari 2010:

Dissenting opinion of Justice Kennedy Stevens:

“ The basic premise underlying the Court’s ruling is its iteration, and constant reiteration, of the proposition that the First Amendment bars regulatory distinctions based on a speaker’s identity, including its “identity” as a corporation. While that glittering generality has rhetorical appeal, it is not a correct statement of the law. Nor does it tell us when a corporation may engage in electioneering that some of its shareholders oppose. It does not even resolve the specific question whether Citizens United may be required to finance some of its messages with the money in its PAC. The conceit that corporations must be treated identically to natural persons in the political sphere is not only inaccurate but also inadequate to justify the Court’s disposition of this case.

In the context of election to public office, the distinction between corporate and human speakers is significant. Although they make enormous contributions to our society, corporations are not actually members of it. They cannot vote or run for office. Because they may be managed and controlled by nonresidents, their interests may conflict in fundamental respects with the interests of eligible voters. The financial resources, legal structure, and instrumental orientation of corporations raise legitimate concerns about their role in the electoral process. Our lawmakers have a compelling constitutional basis, if not also a democratic duty, to take measures designed to guard against the potentially deleterious effects of corporate spending in local and national races. ”

### 3. Toerekening van rechthandelingen (vertegenwoordiging)

- (36) **Belangrijke rol en bijzondere aard van vertegenwoordiging in het economisch leven.** Vertegenwoordiging speelt bij natuurlijke personen in particuliere verhoudingen slechts een beperkte rol. De meeste volwassen personen zullen maar uitzonderlijk vertegenwoordigd worden door een lasthebber of andere vertegenwoordiger. In het economisch verkeer daarentegen is vertegenwoordiging een dagelijkse realiteit.

Dit is zeker zo voor rechtspersonen en andere onstoffelijke organisaties waar vertegenwoordiging een conceptuele noodzaak is om rechtshandelingen te kunnen stellen; elke rechtshandeling t.a.v. derden van een vennootschap zal een vertegenwoordigingshandeling namens die vennootschap zijn.

Vertegenwoordiging van onstoffelijke organisaties verschilt ook fundamenteel van vertegenwoordiging van een natuurlijke persoon. Anders dan bij een natuurlijke persoon, is er uitiem geen natuurlijke persoon bij wie kan worden aangeklopt voor de bevestiging van, of andere toelichting omtrent, de bevoegdheid van een vertegenwoordiger. Elke natuurlijke persoon die legitimatie verleent namens de organisatie zal op zijn beurt opnieuw een vertegenwoordiger zijn wiens bevoegdheid in vraag kan worden gesteld.

De regel van gemeen vertegenwoordigingsrecht, waarbij vertegenwoordigingsmacht en –bevoegdheid in principe samenvallen en de derde het risico van onbevoegdheid draagt (art. 1998 al. 1 BW) is daarmee voor een rechtspersoon problematischer dan voor een natuurlijke persoon.

(37)

**Ruimere vertegenwoordigingsmacht van vertegenwoordigers in het economisch leven.**

Omdat vertegenwoordiging zowel belangrijker als problematischer is in het handels- en vennootschapsrecht, hoeft het niet te verbazen dat vertegenwoordigingsmacht zonder – bevoegdheid meer voorkomt dan bij natuurlijk personen:

- **Baattrekking** (art. 50 W.Venn.) is een geval van vertegenwoordigingsmacht zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid van toepassing op alle vennootschappen. De vennootschap is gebonden door het optreden van een vennoot of zaakvoerder in naam van de vennootschap indien dit de vennootschap tot voordeel heeft gestrekt, ook al was die vennoot of zaakvoerder niet vertegenwoordigingsbevoegd.
- Zie voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid gevallen van vertegenwoordigingsmacht gebaseerd op de **bekendmaking**: art. 76 W.Venn. *juncto* art. 74, 2° W.Venn en art. 77.
- Voor volkomen rechtspersonen het "**Prokura-systeem**", waarbij, zelfs gepubliceerde bevoegdheidsbeperkingen, de vertegenwoordigingsmacht niet inperken.
- Voor vertegenwoordiging in rechte: "doorwerking" van regel van 440 al. 2 Ger.W. : naar bevoegdheid van instruerend orgaan: zie verder nr. (40).

Het is ook niet toevallig dat het "Cuivre-et-Zinc"-arrest waarbij het Hof van Cassatie voor het eerst **foutloze schijnvertegenwoordiging** erkende, betrekking had op een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid (Cass. 20 juni 1988, TRV 1989, 540, noot S. Stijns en P. Callens). Het is voor de, typisch erg talrijke, leden van zulke vereniging praktisch gezien onmogelijk om legitimatie te verlenen; er bestaat voor deze vereniging ook geen publiciteitssysteem dat gebruikt kan worden om een vertegenwoordiger te legitimeren.



Deze gevallen van vertegenwoordigingsmacht beschermen derden die met de vertegenwoordiger gehandeld hebben: de bevoegdheidsbeperkingen kunnen door de beweerde opdrachtgever immers niet aan die derde worden tegengeworpen.

Toch dienen deze gevallen niet enkel begrepen te worden als derdenbescherming of als een sanctie voor de vennootschap. Misschien zelfs in de eerste plaats, faciliteren deze regels ook aanzienlijk het optreden van een rechtspersoon in het rechtsverkeer. Derden zullen hierdoor immers minder snel de bevoegdheid van de vertegenwoordiger in vraag stellen en kunnen comfort krijgen omtrent vertegenwoordigingsmacht (bv. door te vertrouwen op wat werd gepubliceerd in het BBS (rechtspersonen) of door af te gaan op wat de normale vertegenwoordigingspraktijk is (bij schijnvertegenwoordiging)).

Bijlage: J. Vananroye, “Welke middelen heiligt het statutaire doel nog?”, TRV 2013 (geen leerstof, wel nuttige uitleg van leerstof)

# 'T AMENDEMENT

## WELKE MIDDELEN HEILIGT HET STATUTAIR DOEL NOG ?

Wijziging van de volgende artikels van het Wetboek van Vennootschappen :

**Artikel 1, al. 1 W.Venn.** wordt als volgt gewijzigd :

“Een vennootschap wordt opgericht door een contract op grond waarvan twee of meer personen overeenkomen iets in gemeenschap te brengen ~~met als doel één of meer nauwkeurig omschreven activiteiten uit te oefenen~~ en met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen.”

**Artikel 69, 11° W.Venn.** (dat bepaalt wat het uittreksel uit de oprichtingsakte moet bevatten, dat overeenkomstig artikel 68 moet worden neergelegd) wordt als volgt gewijzigd :

“Het uittreksel uit de oprichtingsakte van vennootschappen, met uitzondering van de economische samenwerkingsverbanden, bevat :  
[rest van het artikel blijft ongewijzigd]  
11° de ~~nauwkeurige~~ omschrijving van het doel van de vennootschap;  
[rest van het artikel blijft ongewijzigd]

**Artikel 526 W.Venn.** (over doeloverschrijdende handelingen in de NV) wordt als volgt gewijzigd :

“De vennootschap is verbonden door de handelingen van de raad van bestuur, van de bestuurders die overeenkomstig artikel 522, § 2, de bevoegdheid hebben om haar te vertegenwoordigen, van de leden van het directiecomité of van de personen aan wie het dagelijks bestuur is opgedragen, zelfs indien die handelingen buiten haar doel liggen, ~~tenzij zij bewijst dat de derde daarvan op de hoogte was of er, gezien de omstandigheden, niet onkundig van kon zijn; bekendmaking van de statuten alleen is echter geen voldoende bewijs.~~”

Artikels 258 (BVBA), 407 (CVBA), 859 (ESV), 897 en 903 (SE), 966 en 972 (SCE) W.Venn. worden *mutatis mutandis* gewijzigd.

Wijziging van **artikel 14, al. 4 van de KBO Wet van 16 januari 2003** :

“Indien de handels- of ambachtsonderneming wel in deze hoedanigheid is ingeschreven in de Kruispunt-

bank van Ondernemingen, maar haar vordering gebaseerd is op een activiteit waarvoor de onderneming op de datum van de inleiding van de vordering niet is ingeschreven ~~of die niet valt onder het maatschappelijk doel waarvoor de onderneming op deze datum is ingeschreven~~, is de vordering van die onderneming eveneens onontvankelijk. De onontvankelijkheid is evenwel gedekt, indien de onontvankelijkheid niet voor elke andere exceptie of verweermiddel wordt ingeroepen.”

## VERANTWOORDING

### 1. Niet-tegenwerpelijheid van het statutair doel

Met bovenstaand amendement wordt het basisidee van het *Prokura*-systeem van de Eerste Richtlijn zuiver doorgetrokken naar handelingen die het statutaire doel overschrijden : derden moeten rekening houden met de *wettelijke* beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van organen, maar moeten zich niet bekommeren om *statutaire* bevoegdheidsbeperkingen, zonder een uitzondering voor het statutair doel. Het statutair doel is immers ook een statutaire grens aan de bevoegdheid van de vertegenwoordigers (Cass. 31 mei 1957, *RCJB* 1958, 283, noot P. VAN OMMESLAGHE).

Art. 10.1, al. 1 van de Eerste Richtlijn (zie de gecoördineerde Richtlijn 2009/101/EG van 16 september 2009) staat de voorgestelde wijziging toe. Meer nog : de Richtlijn stelt de niet-tegenwerpelijheid van het statutair doel zelfs als uitgangspunt voorop. Bij de voorbereiding van de Richtlijn was er blijkbaar een consensus dat de niet-tegenwerpelijheid van het statutair doel naar Duits model de beste oplossing was (M. MENDEL, *Het statutaire doel van de naamloze vennootschap*, Deventer, Kluwer, 1971, 195). Onder het gewicht van de traditie in de andere lidstaten, zoals België, werd de zuivere niet-tegenwerpelijheid uiteindelijk echter niet verplicht gesteld.

Het verdient de voorkeur dat België niet langer van deze afwijkingsmogelijkheid gebruikmaakt.

Tegenwerpelijheid van het statutair doel brengt immers onzekerheid met zich mee en stremt daardoor het optreden van vennootschappen aan het rechtsverkeer. Het is voor oprichters of aandeelhouders immers praktisch onmogelijk om *ex ante* precies te omschrijven welke van alle mogelijke toekomstige transacties al dan niet het voorwerp uitmaken van de vennootschap. De vraag of een concrete transactie al dan niet doel-overschrijdend is, zal daardoor vaak aanleiding geven tot interpretatie *ex post*, en dus onzekerheid.

Die onzekerheid wordt niet weggenomen door de huidige regeling, die ergens slingert tussen de principiële tegenwerpelijheid van het gemeen recht (art. 1998, al. 2 BW) en de principiële niet-tegenwerpelijheid van het *Prokura*-systeem (zie hierover K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap*.

*Algemeen Deel*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 180). Integendeel : dit regime is zelf een bron van onzekerheid. Wat betekent bv. “gezien de omstandigheden niet onkundig kunnen zijn” van het doeloverschrijdend karakter, als de loutere publicatie niet volstaat ? In het antediluviaanse 1973, met een papieren Staatsblad zonder handige zoekfunctie, kon hieraan misschien nog een zinvolle betekenis worden gegeven; dit is al veel minder het geval in een tijd waar het statutair doel met enkele muisklikken op het internet te consulteren valt. Het voorstel kiest hier ondubbelzinning voor de zekerheid van het *Prokura*-systeem.

Het geschetste interpretatierisico bestaat overigens niet bij die andere nuancerings van het *Prokura*-systeem die de Eerste Richtlijn toelaat en het Belgisch recht toepast : de tegenwerpelijkheid van de samenstelling van het vertegenwoordigingsorgaan (zie bv. art. 522, § 2 W.Venn. voor de één- of meerhandelingsclausules in de NV). Bij deze uitzondering moet de derde enkel de vertegenwoordigers kunnen tellen en identificeren; niet interpreteren.

De voorgestelde onversneden niet-tegenwerpelijkheid van het vennootschapsdoel vergroot de bescherming van derden : ze zijn ondubbelzinning ontslagen van enige onderzoekslast met betrekking tot het statutair doel en ontsnappen volledig aan het interpretatierisico.

Niet-tegenwerpelijkheid van bevoegdheidsbeperkingen dient niet enkel begrepen te worden als een bescherming van derden die met de organisatie handelen; ook, en misschien zelfs in de eerste plaats, faciliteert deze regel het optreden van een rechtspersoon in het rechtsverkeer. Derden zullen hierdoor immers minder snel de bevoegdheid van de vertegenwoordiger in vraag stellen en kunnen makkelijker een legitimatie krijgen. Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat vertegenwoordiging bij onstoffelijke organisaties op een dubbele wijze verschilt van bij natuurlijke personen. Eerst en vooral is voor een rechtspersoon vertegenwoordiging een conceptuele noodzaak en een dagelijkse realiteit. Voor een natuurlijke persoon is vertegenwoordiging eerder een uitzonderlijke handeling. Verder is er bij een rechtspersoon uiteindelijk geen natuurlijke persoon bij wie kan worden aangeklopt voor de bevestiging van, of toelichting omtrent, de bevoegdheid van een vertegenwoordiger. De regel van gemeen vertegenwoordigingsrecht, waarbij vertegenwoordigingsmacht en -bevoegdheid in principe samenvallen en de derde het risico van onbevoegdheid draagt (art. 1998, al. 2 BW) is daarmee voor een rechtspersoon tegelijk belangrijker én problematischer dan voor een natuurlijke persoon.

Zeer concreet zal het onderhavig amendement het bv. makkelijker en goedkoper maken om een *legal opinion* te verkrijgen omtrent de afdwingbaarheid van een transactie die een vennootschap wil ondernemen. Het statutair doel zal hierbij immers niet langer een becommernis vormen. Dit vermijdt gevallen

waarbij onzekerheid omtrent de toerekening van een transactie enkel kan worden weggenomen door een omslachtige en dure doelswijziging.

**2. Onbepaalde doelomschrijving mogelijk** – Voor de BVBA, de CVBA en de NV blijft wel nog opgelegd dat het doel wordt omschreven in de oprichtingsakte en gepubliceerd. Anders dan nu moet deze omschrijving niet langer “nauwkeurig” gebeuren. “Nauwkeurig” in het huidige art. 69, 11° W.Venn. wordt vooral als “bepaald” begrepen. Men zou nochtans kunnen argumenteren dat het onbepaalde “alles” de meest nauwkeurige doelomschrijving is die mogelijk is, omdat ze nooit tot interpretatieproblemen aanleiding kan geven.

Enerzijds verplicht het voorstel de oprichters om na te denken over een omschrijving van het doel. Doeloverschrijdende handelingen zullen immers nog “intern” gesanctioneerd worden, bv. als grond voor interne bestuursaansprakelijkheid of als nietigheidsgrond van een besluit (zie art. 64, 3° W.Venn.).

Een afgebakende bepaling van het statutair doel zal ook noodzakelijk blijven voor vennootschappen die willen ontsnappen aan het koopmanslabel van art. 1 W.Kh. *juncto* art. 3 W.Venn. (zie over de, beperkte, rol van het statutair doel hierbij o.a. J. VANANROYE, “Het geschreven statutair doel, de feitelijke activiteit en het handelaarschap van een vennootschap”, *RW* 2002, 983 e.v.).

Anderzijds laat het voorstel toe dat de oprichters kiezen om het doel erg ruim te omschrijven, zelfs zo onbepaald dat het statutair doel niets meer toevoegt aan de wettelijke specialiteit en het vennootschapsbelang (bv. “alle wettelijke handelingen in het belang van de vennootschap”). Daarmee is het doel omschreven en ontsnapt de vennootschap aan de nietigheidsgrond opgenomen in art. 227, 2°, 403, 2° en 454, 2° W.Venn. (vgl. de erg extensieve interpretatie van deze nietigheidsgrond in het huidige systeem van de wet bij K. GEENS en M. WYCKAERT, *De Vennootschap. Algemeen Deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 166). Verder zou overwogen kunnen worden of deze nietigheidsgrond nog langer verantwoord is in het licht van het geërodeerde belang van het statutair doel. De Eerste Richtlijn staat deze nietigheidsgrond toe, maar legt hem niet op aan de lidstaten.

Het voorstel dringt met het voorgaande het statutair doel minder ver terug dan in andere lidstaten het geval is. In het VK bepaalt Section 31(1) van de Companies Act 2006 : “*Unless a company's articles specifically restrict the objects of the company, its objects are unrestricted*”. Blijkbaar zou in de meeste vennootschappen het doel *niet* omschreven (en dus niet beperkt) worden (D. KERSHAW, *Company law in context*, Oxford University Press, 2012, 109). De mogelijkheid om in het recht van het VK te zwijgen over het doel - hoewel aantrekkelijk - is niet evident verzoenbaar met art. 2 (b) van de Tweede Richtlijn, dat oplegt dat de statuten of de oprichtingsakte het



doel van de vennootschap bevat. In het VK wordt deze richtlijnbe­paling zo geïnterpreteerd dat het enkel verplicht is om het doel te vermelden indien er een doel is, zonder dat het verplicht is om een doel te hebben (P. DAVIES en S. WORTHINGTON, *Principles of modern company law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 167, voetnoot 8).

Zo ver als het VK gaat onderhavig amendement dus niet. Het ontslaat de aandeelhouders wel, indien ze dat wensen, van de kosten om zich in allerlei bochten te wringen om het statutair doel “nauwkeurig” te omschrijven terwijl ze trachten toch breed genoeg te zijn om nodeloze toekomstige doelwijzigingen uit te sluiten. Deze oncomfortabele *grand écart* leidt in het huidige systeem tot nevelige doelomschrijvingen (zie J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 318) die het in randnummer 1 geschetste interpretatierisico enkel vergroten.

**3. Wijzigingen KBO** – Het ligt in de logica van de voorgestelde wijziging aan het W.Venn. om de rol die het statutair doel speelt in de Kruispuntbank van Ondernemingen ook te schrappen.

Art. 6, § 1, 7° KBO-Wet, dat oplegt dat de “door de onderneming uitgeoefende economische activiteiten” moeten worden vermeld bij inschrijving in de KBO, moet niet worden gewijzigd. Deze vermelding kan immers betrekking hebben op de feitelijke activiteiten van de vennootschap, net als bij ondernemers-natuurlijke personen.

**4. Niet van toepassing op non profits** – Onderhavig amendement behandelt bewust niet doeloverschrijdende handelingen in de VZW en stichting. Voor *non profit*-organisaties wegen de redenen voor een effectieve afdwinging van de statutaire activiteit d.m.v. tegenwerpelijkeit immers zwaarder door dan bij een vennootschap (M. VAN DE LOOVERBOSCH, *Tegenwerpelijkeit van het statutair doel NV en VZW vergeleken*, onuitgegeven seminariepaper KU Leuven, 2013, 23).

Ten eerste is bij een vennootschap de concrete activiteit *waarmee* winst wordt gerealiseerd voor de aandeelhouders vaak minder belangrijk dan *of* er winst wordt gerealiseerd. Een onbaatzuchtige doelstelling daarentegen krijgt enkel betekenis indien ook wordt gepreciseerd hoe dit concreet wordt verwezenlijkt (door het helpen van weeskinderen dan wel was-beertjes of wetenschappers). De oprichters of stichters zullen het doorgaans belangrijk vinden dat het bestuur van de entiteit de opgelegde activiteit later niet inruilt voor een andere, zelfs al is die ook onbaatzuchtig.

De kostprijs van tegenwerpelijkeit onder de vorm van een stroever optreden met derden zal, ten tweede, bij *non-profits* vaak minder doorslaggevend zijn dan bij vennootschappen. Bovendien zijn er bij *non-profits* ook derden, zoals potentiële donateurs en beneficiarissen, die er zelf een belang bij hebben dat het concreet doel effectief wordt afgedwongen.

Ten derde zal een louter “interne” afdwinging van het concrete doel bij *non-profit*organisaties (bv. door een aansprakelijkheids- of nietigheidsvordering) vaak minder effectief werken dan bij een vennootschap; leden bestaan immers niet (stichting) of hebben geen eigen patrimoniaal belang in de entiteit (VZW) en dus geen sterke prikkel om het bestuur te controleren op doeloverschrijdende handelingen. Een alternatieve afdwingingsmogelijkheid van het statutair doel onder de vorm van tegenwerpelijkeit is daarom in een *non-profit*organisatie belangrijker dan bij een vennootschap.

*Joeri Vananroye*

#### 4. Toerekening van proceshandelingen

(geen leerstof – wel zéér belangrijk voor advocaten)



- (38) **Proceshandelingen namens rechtspersoon altijd vertegenwoordigingshandelingen.** Ook zijn die namens de rechtspersoon worden gesteld.

Concreet betekent dit dat de advocaat van een rechtspersoon altijd instructie zal krijgen van een natuurlijke persoon. Achter de procesvertegenwoordiging van de rechtspersoon door de advocaat, schuilt altijd een andere vertegenwoordigingsrelatie tussen de advocaat en een instruerende natuurlijke persoon. Indien de instruerende natuurlijke persoon niet bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen, is er sprake van een onbevoegde proceshandeling.

Deze niet-toerekening zal voor gedinginleidende akten leiden tot de niet-ontvankelijkheid van de vordering wegens gebrek aan hoedanigheid (art. 17 Ger.W.). De reden voor de niet-ontvankelijkheid van de vordering is niet de *onbevoegdheid* op zich, maar wel de *niet-toerekening* van de handelingen aan de vennootschap omwille van die onbevoegdheid. Dit is van belang omdat er toerekening kan zijn ondanks de onbevoegdheid van het orgaan dat de handeling heeft gesteld of gelast. Voorbeelden hiervan:

- toerekening op grond van een schijnbare vertegenwoordigingsbevoegdheid of bekrachtiging;
- toerekening kan zijn van onbevoegde handelingen op grond van het zgn. "prokurasysteem".

Indien bv. de statuten erin voorzien dat de raad van bestuur de machtiging nodig heeft van de AV om een bepaalde handeling te stellen, dan is deze bevoegdheidsbeperking niet tegenwerpelijk aan derden. Als de raad van bestuur optreedt, verbindt hij de vennootschap, ook al is er geen machtiging van de AV. Ook voor proceshandelingen is de enige relevante vraag of het vertegenwoordigende orgaan vertegenwoordigingsmacht had. Gebreken in de interne besluitvorming van de vennootschap (in dit voorbeeld: het ontbreken van een statutair voorgeschreven besluit van de AV) kunnen niet tot niet-ontvankelijkheid van de vordering leiden. Het gevolg hiervan is ook dat de tegenpartij (of de rechter) geen legitieme vragen van een geldige interne beslissing, omdat zelfs het succesvol bewijs van de onbevoegdheid irrelevant is voor de toerekening van de handeling.

Vgl. regels zoals toegepast door de Raad van State. Zie bv. RvS 16 februari 2005, TRV 2007, noot C. Clottens:

"Gezien het verzoekschrift dat de NV O.T.T., thans de NV E.L., op 4 maart 1996 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Vervoer en Ruimtelijke Ordening van 13 december 1995, waarbij de vergunning wordt geweigerd voor het bouwen van een garage en de aanleg van een parking [...];

Overwegende dat desnoods ambtshalve dient te worden onderzocht of de beslissing om in rechte te treden is genomen door het daartoe bevoegde orgaan van de verzoevende naamloze vennootschap;

Overwegende dat luidens het door de verzoekende partij overgelegde afschrift van de notulen van de zitting van de raad van bestuur van 26 februari 1996 de raad van bestuur heeft beslist "na kennis genomen te hebben van de negatieve beslissing van AROHM van 13 december 1995, betekend op 5 januari 1996 en na bespreking ter zake (...) een annulatieberoep in te stellen tegen de beslissing van de minister"; dat voorts uit dit afschrift blijkt dat twee bestuurders aanwezig zijn die de notulen ondertekenen;

Overwegende dat uit art. 522 W.Venn. blijkt dat in beginsel alleen de raad van bestuur bevoegd is om namens een naamloze vennootschap de beslissing te nemen om een proces in te leiden en in rechte op te treden als procesvertegenwoordiger; dat de statuten krachtens art. 522 § 2 W.Venn. evenwel "aan één of meer bestuurders bevoegdheid (kunnen) verlenen om alleen of gezamenlijk de vennootschap in en buiten rechte te vertegenwoordigen"; dat luidens art. 525 eerste lid W.Venn. het dagelijks bestuur van de vennootschap alsook de vertegenwoordiging ervan in verband met dat bestuur, kan worden gedelegeerd aan één of meer personen die alleen of gezamenlijk optreden;

Overwegende dat de statuten van de verzoekende partij, bekendgemaakt in de bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 29 november 1990, inzake het bestuur bepalen wat volgt :

"Bestuur : De vennootschap wordt bestuurd door een raad bestaande uit ten minste drie leden, al dan niet aandeelhouders. De bestuurders zijn herkiesbaar. Machten van de raad van bestuur : de raad van bestuur heeft de meest uitgebreide bevoegdheden om alle daden van beschikking, van beheer en bestuur, die de vennootschap aanbelangen, te stellen, binnen de perken van het maatschappelijk doel.

De raad van bestuur mag het dagelijks bestuur opdragen hetzij aan één of meer van zijn leden hetzij aan één of meer directeurs, en tevens welbepaalde bevoegdheden met betrekking tot het stellen van daden van dagelijks bestuur aan ieder ander persoon, die op zijn beurt, onder eigen verantwoordelijkheid, zijn bevoegdheden mag subdelegeren"; dat voorts tot bestuurders werden benoemd, de NV I.C.M., M.W. en C.T.; dat daarenboven C.T. wordt benoemd tot procuratiehouder, waarbij deze als zodanig beschikt "over de maatschappelijke handtekening voor alle handelingen van het dagelijks bestuur";

Overwegende dat in overeenstemming met hetgeen de Raad van State, in algemene vergadering van de afdeling administratie, bij arrest nr. 113.490 van 10 december 2002 heeft beslist, de beslissing om bij de Raad van State een annulatieberoep in te stellen buiten het wettelijke kader van het dagelijks bestuur valt en alleen mag worden genomen door de raad van bestuur of eventueel door het orgaan dat in een uitdrukkelijke bepaling van de statuten van de vennootschap de bevoegdheid heeft gekregen om de vennootschap in rechte te vertegenwoordigen, of door een gevolmachtigde die door de raad van bestuur speciaal daartoe is aangewezen krachtens de statuten van de vennootschap; dat te dezen de statuten geen dergelijke uitdrukkelijke bepaling bevatten, zodat de beslissing om in rechte te treden diende te worden genomen door de raad van bestuur; dat uit het door de verzoekende partij overgelegde afschrift van de notulen van de zitting van de raad van bestuur van 26 februari 1996 blijkt dat slechts twee van de drie bestuurders aanwezig waren, "zodat de vergadering volgens de statuten geldig kan beraadslagen"; dat uit het voorgelegde afschrift van de notulen niet blijkt dat alle bestuurders regelmatig voor voormelde zitting van de raad van bestuur waren opgeroepen; dat aldus niet blijkt dat de raad van bestuur geldig was samengesteld; dat dient te worden vastgesteld dat de beslissing van de verzoekende partij om het beroep in te stellen niet rechtsgeldig is genomen; dat de argumentatie van de verzoekende partij in haar laatste memorie dat de heer C.T. te beschouwen is als "betiteld bestuurder" en "de beslissing, zoals genotuleerd in de schoot van de verzoekende partij op 26 februari 1996, (...) derhalve op rechtsgeldige wijze (is) genomen door de heren M.W. en C.T., deze laatste tevens handelend krachtens zijn bijzondere algemene bevoegdheid van procuratiehouder", aan voormelde vaststelling geen afbreuk doet; dat ambtshalve dient te worden vastgesteld dat het beroep niet ontvankelijk is. [...]"

Opgelet: wettelijke beperkingen aan vertegenwoordigingsbevoegdheid, zijn ook in het “prokurasysteem” wél tegenwerpelijk. Zie o.a. Cass. 25 september 2003, TRV 2004, 37, met noot J. Vananroye, "De bekrachtiging van onbevoegde proceshandelingen, in het bijzonder de actio mandati ingesteld zonder beslissing van de AV":

“Overwegende dat eiseres het arrest niet bekritiseert in zoverre het oordeelt dat de curators de procedure hebben verder gezet in de staat waarin deze zich bevond en dat de bekrachtiging van de vordering door de curators, na het instellen van de vordering, de gevolgen van de afwezigheid van een

Overwegende dat, krachtens artikel 66bis van de te dezen toepasselijke Vennootschapswet, de algemene vergadering beslist of tegen de bestuurders een vennootschapsvordering moet worden ingesteld ;

Dat wanneer een dergelijke vordering in naam van de vennootschap voor de rechtbank wordt gebracht en de vennootschap verschijnt door het orgaan dat bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen, een bestuurder de afwijzing van de vordering kan vragen indien geen beslissing van de algemene vergadering voorligt ;

Dat die beperking van de mogelijkheid een veroordeling te verkrijgen van de bestuurders door de wet zelf wordt bepaald en door de gedaagde bestuurder kan worden ingeroepen ;

Overwegende dat het arrest, zonder deswege te worden bekritiseerd, vaststelt dat de vordering in zoverre gericht tegen de bestuurder ingeleid werd zonder beslissing van de algemene vergadering, zoals vereist door artikel 66bis van de Vennootschapswet ;

Dat uit het voorgaande volgt dat een vennootschapsvordering tegen een bestuurder, ingesteld door een vennootschap, ook al wordt die voor de rechter vertegenwoordigd door een orgaan dat daartoe de bevoegdheid heeft, niet kan worden ingewilligd indien de algemene vergadering niet beslist die vordering in te stellen ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat vennootschapsvordering door de NV Jacatex tegen verweerder werd ingesteld zonder beslissing daartoe van de algemene vergadering ;

Dat op grond van die in de plaats gestelde redenen de vordering tegen verweerder dient afgewezen te blijven ;”

(39) **Organieke vertegenwoordiging in rechte.** Lees art. 703 al. 1 Ger.W. : rechtspersonen treden in rechte door tussenkomst van hun bevoegde organen:

- Dit artikel dient *niet* gelezen te worden als een vennootschapsrechtelijke regel inzake besluitvorming. Zo kunnen beslissingen inzake proceshandelingen, net als buitengerechtelijke vertegenwoordigingshandelingen, ook worden gedelegeerd.
- Vóór alles is het een inleiding op de identificatieregel van art. 703 al. 2 Ger.W.: rechtspersonen zijn voldoende geïdentificeerd door de opgave van hun benaming, hun rechtskarakter en hun maatschappelijke zetel. Met andere woorden: de identiteit van de vertegenwoordigers moet niet worden vermeld, anders dan de regel is bij andere gevallen van vertegenwoordiging in rechte.
- Verder wordt uit artikel 703 al. 1 traditioneel afgeleid dat als de rechtspersoon zelf (d.w.z. zonder een advocaat als procesvertegenwoordiging) procesakten ondertekent of verschijnt, hij dit enkel d.m.v. een orgaan met vertegenwoordigingsmacht moet doen. Dit is minder evident dan het voor de Belgische jurist lijkt. In theorie verzet niets zich ertegen dat ook voor proceshandelingen namens een rechtspersoon de kring van personen binnen de rechtspersoon die mogen tekenen of verschijnen ruimer is dan de organen. Het optreden van zulk niet-organieke vertegenwoordigers levert weliswaar legitimatieproblemen die niet bestaan bij organen omwille van het vennootschapsrechtelijk publiciteitssysteem. Die legitimatieproblemen zijn echter niet onoverkomelijk. Het verbod voor niet-organieke vertegenwoordigers om proceshandelingen namens een rechtspersoon te stellen lijkt daarom

vooral ingegeven door de bekommernis het pleitmonopolie van de advocaten niet te laten eroderen.

- (40) **Art. 440 al. 2 Ger.W.** Bij het optreden van een advocaat dient rekening te worden gehouden met art. 440 al. 2 Ger.W. : *"De advocaat verschijnt als gevolmachtigde van de partij zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken, behalve indien de wet een bijzondere lastgeving vereist"*. De praktische betekenis hiervan is het volgende:

- Anders dan andere procesvertegenwoordigers (bv. verwant, vakbondsafgevaardigde), formele gedingpartijen (bv. conventionele vertegenwoordigers) of rechtspersonen die door hun organen verschijnen ("in persoon"), moet de advocaat zijn bevoegdheid niet legitimeren, ook niet als de tegenpartij erom verzoekt. De loutere bevestiging van zijn bevoegdheid volstaat als legitimatie, zelfs wanneer dit door geen enkele gedraging van de partij voor wie hij optreedt of een ander uitwendig element wordt waarschijnlijk gemaakt.
- Indien de tegenpartij de onbevoegdheid van de advocaat inroept, dient ze daarom zelf hiervan het bewijs te leveren.

Het toepassingsgebied van art. 440 al. 2 Ger.W. omvat niet de proceshandelingen waarvoor een "bijzondere lastgeving" is vereist (bv. berusting, dading, opdragen van de gedingbeslissende eed, gerechtelijke bekentenis); hier gelden opnieuw de gemeenrechtelijke regels inzake legitimatie, ook als een advocaat optreedt.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie (en bij uitbreiding alle gewone hoven en rechtbanken, maar niet het Grondwettelijk Hof en de Raad van State) dat dit artikel ook inhoudt dat een advocaat die optreedt voor een rechtspersoon en daarbij enkel vermeldt op te treden namens een regelmatig geïdentificeerde rechtspersoon, vermoed wordt zijn opdracht te hebben gekregen van een bevoegd orgaan van de rechtspersoon. Ruim toepassingsgebied:

- Zowel de interne besluitvorming als de externe vertegenwoordiging van de rechtspersoon;
- Zowel de onbevoegdheid van een orgaan, als de geldigheid van de besluitvorming binnen een bevoegd orgaan (bv. de samenstelling of de wijze van oproeping).
- Geen onderscheid gemaakt naargelang de bevoegdheidsverdelende regels hun oorsprong vinden in de wet of de statuten.
- Binnenlandse en buitenlandse rechtspersonen, zowel van privaat als van publiek recht.

Concreet betekent dit dat de verweerder die opwerpt dat er geen beslissing is van een bevoegde vertegenwoordiger van de rechtspersoon tot het instellen van een vordering, niet kan eisen dat hem hiervan het bewijs wordt voorgelegd. De tegenpartij (en de rechter) zal ermee genoegen moeten nemen dat de advocaat affirmeert dat hij op geldige wijze van de vennootschap de opdracht heeft gekregen de vordering in te stellen.

Enkele aandachtspunten:

- De regel van art. 440 al. 2 geldt niet indien de advocaat verklaart op te treden namens een vennootschap, met vermelding van de organen die hem opdracht hebben gegeven. In dat geval speelt opnieuw de gemeenrechtelijke regel dat de tegenpartij (en de rechter) om legitimatie kan vragen en dat de vennootschap daarvan het bewijs dient te leveren.
- Tegenbewijs kan met alle middelen rechtens worden geleverd. Indien het gaat om proceshandelingen waarvoor een bestuursorgaan bevoegd is, zal het voor de tegenpartij meestal

onmogelijk zijn om dit bewijs te leveren. De beslissingen van bestuursorganen zijn doorgaans aan weinig formaliteiten en publiciteitsvoorschriften onderworpen; de afwezigheid van een spoor van een beslissing bewijst daarom geenszins de afwezigheid van een beslissing. Bovendien kan de beslissing om in rechte op te treden ook worden gedelegeerd. Aangezien een onbevoegde proceshandeling kan worden bekrachtigd, betekent dit voor de toepassing van art. 440 al. 2 Ger.W. dat de tegenpartij er niet mee kan volstaan te bewijzen dat er op het ogenblik van het instellen van de vordering geen bevoegde beslissing. Hij moet ook bewijzen dat er binnen de nuttige termijn geen geldige bekrachtiging is gebeurd. Het tegenbewijs van de tegenpartij van de vennootschap is moeilijk, maar niet onmogelijk.

- Aansprakelijkheidsrisico voor advocaat (zie art. 849 al. 5 Ger.W.). Theoretisch is dit aansprakelijkheidsrisico het grootst ten aanzien van de vennootschap zelf. In de verhouding tussen advocaat en cliënt geldt het vermoeden van art. 440 al. 2 immers niet. Bovendien zal de vennootschap, vergeleken met de tegenpartij, immers relatief makkelijker het bewijs kunnen leveren dat een beslissing op onregelmatige wijze werd genomen.

(41) **Vergelijking van de werking van "prokurasysteem" en art. 440 al. 2 Ger.W. bij het optreden in rechte van rechtspersonen**

Art. 440 al. 2 Ger.W.	"Prokurasysteem"
geldt voor alle rechtspersonen	NV, BVBA, Comm. VA
bewijsvermoeden - weerlegbaar	materiële regel die tot toerekening leidt – niet weerlegbaar
geldt ongeacht beslissende / instruerende persoon	geldt enkel als instructie kan toegerekend aan organieke vertegenwoordiger
enkel als advocaat optreedt	ook bij optreden "in persoon"
geldt enkel in de verhouding vennootschap – tegenpartij	geldt ook in de verhouding vennootschap – advocaat

- (42) **Bijzondere deontologische issues bij optreden namens een organisatie.** De advocaat dient op te treden in het belang van zijn cliënt. De advocaat die optreedt voor de rechtspersoon de rechtspersoon als cliënt en dient het belang van die rechtspersoon te behartigen. Waar het identificeren van het belang van de cliënt-natuurlijk persoon (tenminste als hij handelsbekwaam is) in de regel geen bijzonder aandachtspunt is voor de advocaat, is dit problematischer bij een cliënt-vennootschap. Zie discussie omtrent het begrip "vennootschapsbelang".

Achter de rechtspersoon als abstract juridische toerekeningspunt gaan verschillende, vaak tegenstrijdige, belangen van verschillende *stakeholders* schuil gaan. Bovendien zal het belang van de vennootschap, omwille van de noodzaak van vertegenwoordiging altijd worden verwoord door één of meerdere natuurlijke personen met een eigen belang, soms tegenstrijdig aan dat van de vennootschap. De natuurlijke personen die de advocaat van de vennootschap aanstellen, hem instrueren, zijn ereloonnota doen betalen en desgevallend het mandaat beëindigen of zelfs een aansprakelijkheidsvordering instellen, zijn uit de aard zelf

altijd personen wiens belang niet noodzakelijk samenvalt met dat van de cliënt. Vooral bij twist binnen de vennootschap of mogelijk disloyaal gedrag van een vennootschapsmandataris komt de advocaat hier voor moeilijke keuzes; deontologisch, menselijk en commercieel.

De advocaat is in zekere zin een derde ten aanzien van de vennootschap die zoals elke derde zuiver civielrechtelijk bekeken mag vertrouwen op mechanismes zoals het “prokurasysteem”, impliciete vertegenwoordiging, schijnvertegenwoordiging. Anderzijds heeft de advocaat, juridisch en deontologisch, ook bijzondere zorgplichten ten aanzien van de vennootschap die zijn cliënt is. De advocaat dient er zich van bewust te zijn dat de belangen van zijn cliënt niet altijd sporen met die van de personen die namens zijn cliënt instructie geven.

Zeker in situaties waar mogelijke belangenconflicten twijfel doen rijzen omtrent de loyaliteit van de personen die de advocaat instrueren, is daarom voorzichtigheid geboden ook al hebben deze personen formeel de bevoegdheid om de vennootschap te verbinden. Neem bv. een bestuurder met éénhandtekeningsbevoegdheid. Zuiver vennootschapsrechtelijk bekeken, kan een derde vertrouwen op deze éénhandtekeningsbevoegdheid, ook al zou er bij die derde twijfel kunnen bestaan omtrent de interne bevoegdheid van deze bestuurder. De vennootschapsrechtelijke grens aan het vertrouwen van een derde is hoog: kennis van de afwending van zijn bevoegdheid door deze bestuurder. De advocaat van de vennootschap bereikt hier mogelijk eerder de grens van het vertrouwen dat hij mag hebben. In bepaalde omstandigheden kan het daarom aangewezen zijn een instructie te laten bevestigen door het hoogste bestuursorgaan, ook al werd die instructie gegeven door een orgaan dat vennootschapsrechtelijk de vennootschap kan verbinden.

In het licht van de ruime aandacht voor dit spanningsveld in vele andere jurisdicties valt het stilzwijgen van de Belgische deontologische regels en literatuur op. Vergelijk met de veel becommentarieerd Rule 1.13 in de *Model Rules of Professional Conduct* van de *American Bar Association*:

["Rule 1.13 Organization As Client](#)

(a) A lawyer employed or retained by an organization represents the organization acting through its duly authorized constituents.

(b) If a lawyer for an organization knows that an officer, employee or other person associated with the organization is engaged in action, intends to act or refuses to act in a matter related to the representation that is a violation of a legal obligation to the organization, or a violation of law that reasonably might be imputed to the organization, and that is likely to result in substantial injury to the organization, then the lawyer shall proceed as is reasonably necessary in the best interest of the organization. Unless the lawyer reasonably believes that it is not necessary in the best interest of the organization to do so, the lawyer shall refer the matter to higher authority in the organization, including, if warranted by the circumstances to the highest authority that can act on behalf of the organization as determined by applicable law.

(c) Except as provided in paragraph (d), if

- (1) despite the lawyer's efforts in accordance with paragraph (b) the highest authority that can act on behalf of the organization insists upon or fails to address in a timely and appropriate manner an action, or a refusal to act, that is clearly a violation of law, and
- (2) the lawyer reasonably believes that the violation is reasonably certain to result in substantial injury to the organization,

then the lawyer may reveal information relating to the representation whether or not Rule 1.6 permits such disclosure, but only if and to the extent the lawyer reasonably believes necessary to prevent substantial injury to the organization.

(d) Paragraph (c) shall not apply with respect to information relating to a lawyer's representation of an organization to investigate an alleged violation of law, or to defend the organization or an officer, employee or other constituent associated with the organization against a claim arising out of an alleged violation of law.

(e) A lawyer who reasonably believes that he or she has been discharged because of the lawyer's actions taken pursuant to paragraphs (b) or (c), or who withdraws under circumstances that require or permit the lawyer to take action under either of those paragraphs, shall proceed as the lawyer reasonably believes necessary to assure that the organization's highest authority is informed of the lawyer's discharge or withdrawal.

(f) In dealing with an organization's directors, officers, employees, members, shareholders or other constituents, a lawyer shall explain the identity of the client when the lawyer knows or reasonably should know that the organization's interests are adverse to those of the constituents with whom the lawyer is dealing.

(g) A lawyer representing an organization may also represent any of its directors, officers, employees, members, shareholders or other constituents, subject to the provisions of Rule 1.7. If the organization's consent to the dual representation is required by Rule 1.7, the consent shall be given by an appropriate official of the organization other than the individual who is to be represented, or by the shareholders."

## 5. Toerekening van onrechtmatige handelingen

- (43) **Probleemstelling en traditionele oplossing.** Het leerstuk van de onrechtmatige daad is met de centrale role van het begrip "schuld" als subjectief, moreel element op maat van de fysieke mens gedacht. Probleem: hoe bij een onstoffelijke organisatie de op menselijke concepten gebaseerde band tussen handeling en aansprakelijkheid te leggen?

Klassieke oplossing: fout van de rechtspersoon wordt afgeleid van de fout van een natuurlijke persoon:

- Art. 1384 al. 3 BW: enkel voor "aangestelden"
- "Orgaantheorie": orgaan "incarneert" de rechtspersoon en fouten van het orgaan worden binnen zijn formele bevoegdheid worden rechtstreeks toegerekend aan de rechtspersoon

- (44) **Kritiek op "orgaantheorie".** Problemen met de "orgaantheorie":

- In de praktijk gebeurt niet de toerekening van orgaan naar rechtspersoon, maar wordt omgekeerd de vraag gesteld wanneer een orgaan aansprakelijk is voor onrechtmatige daden door de rechtspersoon.
- Theoretisch veronderstelt de "orgaantheorie" dat bij elke fout van een rechtspersoon er sprake is van een fout van een natuurlijke persoon binnen de schoot van die rechtspersoon: leidt tot een onwenselijke uitdeining van externe bestuursaansprakelijkheid. In de praktijk leidt niet elke fout in hoofde van de rechtspersoon in de rechtspraak automatisch tot een fout in hoofde van de organen (ook al kan de betrokken handeling materieel aan hen worden toegerekend).



- Rechtspraak bood enkel lippendienst aan “orgaantheorie” (bv. voldoende voor toerekening aan rechtspersoon als betrokken handeling schijnbaar binnen de grenzen van de bevoegdheid van een orgaan, waarbij het niet nodig is om een concrete natuurlijke persoon aan te wijzen).
- Art. 5 al. 1 Sw: “rechtstreeks daderschap”: minstens voor misdrijven is er een autonoom toerekeningscriterium (cf. infra): kan ook buiten strafrecht worden toegepast:
  1. feitelijke toerekening: heeft betrokken schadeveroorzaken handelen een intrinsiek verband met de verwezenlijking van het doel of de waarneming van de belangen van de rechtspersoon, of zijn ze , naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening gepleegd?
  2. juridische toerekening: vergelijking met normale en voorzichtig (rechts)persoon in dezelfde omstandigheden (foutbegrip van art. 1382 BW)
- Belang: onrechtmatigheid van handelen in hoofde van rechtspersoon veronderstelt niet langer dat automatisch ook de onrechtmatigheid in hoofde van de natuurlijke personen die feitelijk voor rekening van rechtspersoon hebben gehandeld. Beoordeling van rechtmatigheid van gedrag op niveau van rechtspersoon en op niveau van bestuursorgaan kan verschillen. Zie verder Les 8 over externe bestuursaansprakelijkheid.

## 6. Toerekening van misdrijven

- (45) **Societas delinquere potest ...** Nog meer dan het privaatrecht is het strafrecht "antropocentrisch". Vandaar is er traditioneel een grote weerstand tegen de strafbaarstelling van rechtspersonen.

Stelling tot 1999 in België: *societas delinquere potest sed non puniri*.

- (46) **... *ét* puniri.** Strafbaarstelling sinds de Wet van 4 mei 1999. Zie voor de toerekening art. 5 Sw.:

"Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd.

Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld. Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.

Met rechtspersonen worden gelijkgesteld:

1° tijdelijke verenigingen en verenigingen bij wijze van deelneming;  
 2° vennootschappen bedoeld in artikel 2, derde lid van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, alsook handelsvennootschappen in oprichting;  
 3° burgerlijke vennootschappen die niet de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen.

Voor de toepassing van dit artikel kunnen niet als strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersoon worden beschouwd : de federale staat, de gewesten, de gemeenschap-

pen, de provincies, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, (de meergemeentezones,) de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn."

Zie voor de straffen art. 7bis Sw.:

"De straffen toepasselijk op misdrijven gepleegd door rechtspersonen zijn:  
in criminele zaken, in correctionele zaken en in politiezaken :  
1° geldboete;  
2° bijzondere verbeurdverklaring; de bijzondere verbeurdverklaring, bepaald in artikel 42, 1°, uitgesproken ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen kan enkel betrekking hebben op goederen die vatbaar zijn voor burgerlijk beslag;  
in criminele en correctionele zaken :  
1° ontbinding; deze kan niet worden uitgesproken ten aanzien van de publiekrechtelijke rechtspersoon;  
2° verbod een werkzaamheid die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel te verrichten, met uitzondering van werkzaamheden die behoren tot een opdracht van openbare dienstverlening;  
3° sluiting van een of meer inrichtingen, met uitzondering van de inrichtingen waar werkzaamheden worden verricht die behoren tot een opdracht van openbare dienstverlening;  
4° bekendmaking of verspreiding van de beslissing."

## 7. Toerekening van psychische of intellectuele eigenschappen

(47) **Hoe “willen” of “weten” beoordelen bij een rechtspersoon?** Toerekening van kennis of intentie aan de rechtspersoon zal in de regel plaatsvinden indien:

- de betrokken subjectieve gesteldheid aanwezig is bij een leidinggevende functionaris; of
- de betrokken subjectieve gesteldheid aanwezig is bij een lagere functionaris die zelfstandig over een eigen verantwoordelijkheid beschikt voor de betrokken handelen (bv. bedrog bij persoon verantwoordelijk voor een onderhandeling); of
- zonder dat de betrokken subjectieve gesteldheid aanwezig is bij een natuurlijke persoon, indien dit het gevolg is van structurele gebreken in de organisatie van de rechtspersoon (bv. slecht informatiemanagement).

\* \* \*

## Les 4

### Aspecten van Internationaal Privaatrecht en Europees Vennootschapsrecht

**Bibliografie.** K. Maresceau, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen, Intersentia, 2014; K. Geens, “Over internationale zetelverplaatsing”, in *Facetten van ondernemingsrecht – Liber Amicorum Professor Frans Bouckaert*, Universitaire Pers Leuven 2000, 563-577; J. Meeusen, “De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen”, TRV 2003, 95-127; E. Wymeersch, “De zetelverplaatsing in het vennootschapsrecht”, in *Liber Amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 757; C. Clottens, “Vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing na het arrest Inspire Art: is the sky the limit(ed) ?”, TRV 2006, 673; V. Simonart, “L’application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre état de la Communauté et, en particulier, aux Limited”, RPS 2008, 111-206; M. Wyckaert en F. Jenné, “Corporate mobility”, in *The European Company Law Action Plan Revisited*, Leuven University Press, 2010, 287. e.v.; J.M. Nelissen Grade en M. Wauters, “Reforming legal capital: harmonisation or fragmentation of creditor protection”, *ibid.*, 25 e.v.; C. Clottens en S. De Dier, “De S-BVBA: een Minerva light?”, in *Overzicht nieuwe wetgeving vennootschappen 2007-2011*, Kalmthout, Biblo, 2011, 11-45.

#### 1. Overzicht van vragen van internationaal privaatrecht

- (48) **“Zetelverplaatsing”: verschillende vragen.** Onder dezelfde vlag (bv. “zetelverplaatsing”) worden vaak verwante, maar verschillende, vragen behandeld die niet altijd voldoende worden onderscheiden:
- Moet een vennootschap zijn opgericht onder of voldoen aan alle formele en inhoudelijke voorwaarden van land van de ‘voornaamste vestiging’ van die vennootschap? (“*werkelijke zetel-leer*” vs. “*incorporatie-leer*”)
  - Is een verplaatsing van ‘voornaamste vestiging’ van de onderneming mogelijk naar een andere land dan het land waaronder de vennootschap is opgericht, en wat zijn daar de gevolgen van? (“*verplaatsing werkelijke zetel*”)
  - Kan een vennootschap veranderen van toepasselijk recht met behoud van rechtspersoonlijkheid? (“*verplaatsing statutaire zetel*”)
- (49) **Relevante Belgische bepalingen (zie annex):**
- W. Venn.: Boek IV – Titel 1 : van toepassing op rechtspersonen geregeld door W.Venn.
  - IPR Wetboek: Boek X : van toepassing op rechtspersonen
  - Quid vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid?
- (50) **Vrije vestigingsrecht.** Bij intracommunautair aspect – maar enkel dan – dient rekening te worden gehouden met vrije vestigingsrecht binnen de EU:
- **Artikel 49** (oud artikel 43 VEG)

“In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor ondernemen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de ondernemen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”

— **Artikel 50 (oud artikel 44 VEG)**

“[...]”

2. Het Europees Parlement, de Raad en de Commissie oefenen de taken uit welke hun door bovenstaande bepalingen worden toevertrouwd, met name: [...]g) door, voor zover nodig, de waarborgen te coördineren welke in de lidstaten worden verlangd van de rechtspersonen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in die rechtspersonen als van derden, teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken [...].“

— **Artikel 54 (oud artikel 48 VEG)**

“De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

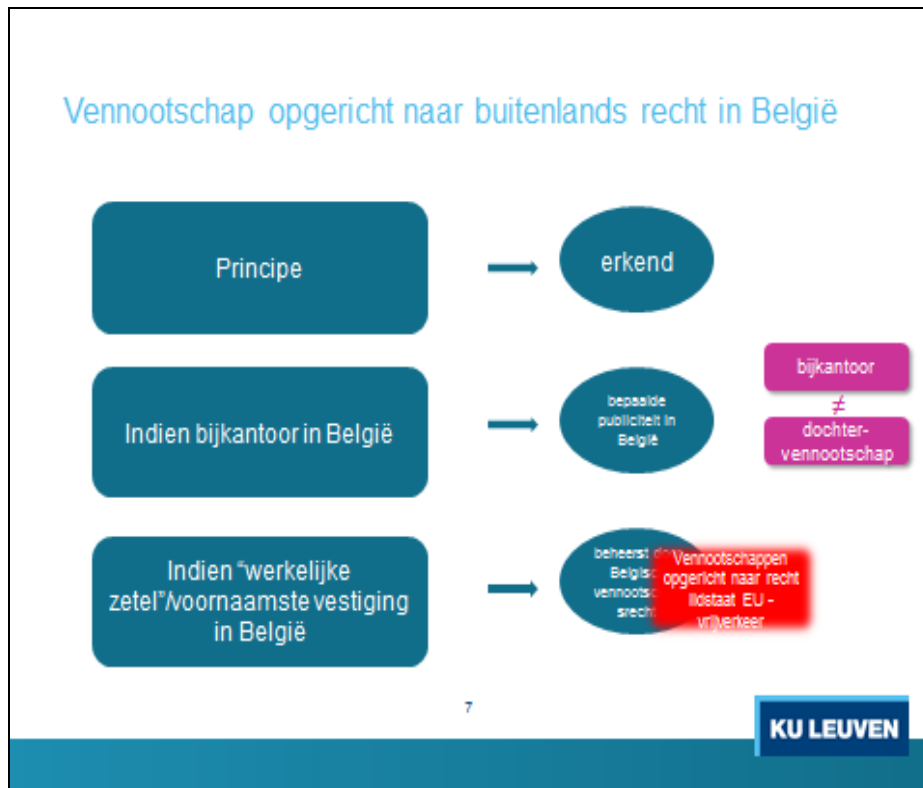
Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.”

— **Oud art. 293 EG-Verdrag:** onderhandeling tussen Lid-Staten over erkenning van rechtspersoonlijkheid, internationale zetelverplaatsing en internationale fusie: nooit geïmplementeerd en afgeschaft in mei 2008

## 2. Werkelijke zetel: Belgisch recht

(51) **Traditionele opvatting.** Belgisch vennootschapsrecht dwingt zich intenser op naarmate connectie van de vennootschap met België intenser is:

- principe: erkenning van vennootschappen opgericht naar buitenlands recht: op voorwaarde dat werkelijke zetel niet in België (art. 58 al. 1 W.Venn.)
- als bijkantoor in België: publiciteitsverplichtingen en aansprakelijksregel (art. 58 al. 2 W.Venn.)
- als “werkelijke zetel” in België : oud artikel 56 W.Venn. “aan de Belgische wet onderworpen, ook al is de akte van oprichting in het buitenland verleden”
  - “werkelijke zetel” niet zozeer verwijzingsregels als sanctie
  - unilaterale formulering – enkel Belgisch issue als werkelijke zetel in België :
    - werkelijke zetel hoeft vanuit Belgisch perspectief niet in land van akte van oprichting te zijn zolang werkelijke zetel maar niet in België is
    - geen probleem vanuit Belgisch perspectief als opgericht volgens Belgisch recht, maar werkelijke zetel buiten België
  - “werkelijke zetel” van belang zowel bij oprichting als later
  - wat is de sanctie?
    - Geen erkenning? (cf. Duitsland vóór *Uberseering*-arrest); of
    - lichtere sancties?



(52) **Hoe werkelijk was/is de werkelijke zetel?** In België werd de “werkelijke zetel”- soep nooit erg heet gegeten (cf. *Lamot*-arrest. Vgl. klassieke Duitse *Sitz*-theorie vóór *Überseering*-arrest):

- Er is de *facto* rechtskeuze als reële aanknopingspunten met meerdere rechtsstelsels
- Wat wel werd gesanctioneerd : loutere “brievenbusvennootschappen” opgericht naar het recht van een land waarmee er verder geen connectie is. Dit is in principe wel mogelijk in land met zuiver incorporatiestelsel.
- Mogelijkheid om sancties te vermijden door “immigratie” naar België : cf. infra *Lamot*-arrest (vgl. met onmogelijkheid van immigratie naar Duits recht vóór *Überseering*-arrest)

(53) **Verschil tussen “werkelijke zetel”-leer en incorporatieleer te relativeren :**

- Ook onder “werkelijke zetel”-leer is toepasselijk recht in beginsel dat van toepassing op akte van oprichting – “werkelijke zetel” kan gezien worden als vorm van “lifting the corporate veil” (cf. hoger nr. (19): *Barcelona Traction*-case)
- Ook in landen met incorporatieleer werden, via andere technieken, anti-misbruikmaatregelen genomen n.a.v. brievenbusvennootschap (bv. Wet Formele Vennootschappen in Nederland vóór *Inspire Art*-arrest; bv. Deense regeling vóór *Centros*-arrest)

(54) **Wat veranderd/gebleven met IPR Wetboek:**

- “Voornaamste vestiging” i.p.v. “werkelijke zetel”: art. 110 en art. 4 § 3 IPR Wetboek
- Geformuleerd als multilaterale verwijzingsregel – maar wel “renvoi”

- Art. 4 § 3 IPR Wetboek: lijkt verstrenging t.a.v. “werkelijke zetel” begrip zoals in praktijk werd toegepast – was wellicht niet intentie van wetgever
- “Vanaf de oprichting” – regeling voor verplaatsing in art. 112 IPR Wetboek (maar: onduidelijk wat gevolgen van een feitelijke wijziging van de “voornaamste vestiging” richting buitenland van een vennootschap opgericht naar Belgisch recht)
- Sanctie?

### 3. Werkelijke zetel: Europeesrechtelijke grenzen

- (55) **Rechtspraak Hof van Justitie.** Europese rechtspraak stelt grenzen aan maatregelen van lidstaten om eigen regels van vennootschapsrecht aan buitenlandse EU vennootschappen op te dringen, ook al zijn ze louter brievenbusvennootschappen, door: (i) principiële plicht tot erkenning en toelating als bijkantoor (*Centros, Überseering*) en (ii) geen mogelijkheid om extra-voorwaarden te stellen (zoals bv. extra-publiciteitsvoorwaarden; minimumkapitaal) bovenop de regels die gelden voor bijkantoren krachtens de 11<sup>de</sup> richtlijn (*Inspire Art*)
- **Centros-arrest** (Hof van Justitie, 9 maart 1999) :
    - vennootschap opgericht als UK vennootschap, maar bestuurd vanuit Denemarken en zonder werkelijke band met UK, wil bijkantoor in Denemarken laten inschrijven
    - Denemarken (incorporatieland) eist conformering aan Deens vennootschapsrecht
    - Hof van Justitie zegt dat inschrijving moet worden aanvaard (secundair vestigingsrecht)
    - Lidstaten behouden wel mogelijkheid maatregelen uit te vaardigen om te vermijden dat vennootschappen zich frauduleus proberen te onttrekken aan verplichtingen tegenover schuldeisers e.d.
    - Keuze voor buitenlandse rechtsvorm met voordeliger oprichtingsvoorwaarden dan nationale vennootschap, is op zichzelf evenwel nog geen misbruik, zelfs als geen activiteiten in dat buitenland worden uitgeoefend
  - **Überseering-arrest** (Hof van Justitie 5 november 2002)
    - Nederlandse vennootschap krijgt Duitse aandeelhouders en zwaartepunt van activiteiten komt in Duitsland werkelijke zetel naar Duitsland (Duitse aandeelhouders en activiteiten vnl. in Duitsland)
    - Duitse rechter oordeelt dat vennootschap als onregelmatige Duitse vennootschap geen rechtsbekwaamheid en geen procesbevoegdheid meer heeft. Enige uitweg zou ontbinding en heroprichting volgens Duits vennootschapsrecht zijn.
    - HvJ vindt dit schending van de vrijheid van vestiging (primair vestigingsrecht)
  - **Inspire Art-arrest** (Hof van Justitie 30 september 2003)
    - Engelse Ltd (geen minimumkapitaal) opent bijkantoor in Nederland, maar voert in werkelijkheid alleen activiteiten in Nederland.
    - Nederland wil wettelijke regeling inzake “formeel buitenlandse vennootschappen” toepassen: aantal waarborgen geëist voor “brievenbusvennootschappen”, waarvan activiteiten (nagenoeg) geheel op Nederland zijn gericht en die geen band hebben met land van oprichting
    - Hof van Justitie: toepassing regeling “formeel buitenlandse vennootschappen” is in strijd met vrijheid van vestiging

- Mogelijkheid geboden door Europese rechtspraak: rechtskeuze bij keuze van toepasselijk recht: “light vehicle competition” tussen de rechtsordes:
  - School voorbeeld: Ltd met enkel activiteit in België, in België geregistreerd als bijkantoor
  - Reactie van nationale wetgevers hierop
  - Grenzen aan rechtskeuze:
    - insolventierecht : « centre of main interests » (COMI)  $\approx$  « werkelijke zetel »
    - externe aansprakelijkheid: *lex loci delicti* (art. 530 W.Venn.?)
    - gemeenrechtelijke beperkingen aan uitkeringen (bv. *actio pauliana*)
    - ...
- Enkele bedenkingen:
  - Wat blijft overeind van “werkelijke zetel”? Formeel geen keuze gemaakt voor een wijzingsfactor, maar sanctie-element in “werkelijke zetel”-leer lijkt volledige uitgehold.
  - Dient een Belgische ondernemer die in België onderneemt beschermd te worden door vrijheid van vestiging, enkel omdat hij een vehikel uit een EU lidstaat gebruikt?
  - Is concurrentie tussen wetgevers doel van vrije vestigingsrecht?
  - Zal rechtspraak leiden tot meer ondernemingsrecht en minder vennootschapsrecht? bv. bestuursaansprakelijkheid makkelijker te reguleren in insolventierecht dan in vennootschapsrecht; bv. inspraak van werknemers beter te reguleren vanuit arbeidsrechtelijke regels die een ondernemingsbegrip als aanknopingspunt hebben, dan in het vennootschapsrecht

#### 4. Internationale mobiliteit : Belgisch recht

##### (56) Belgisch juridisch kader voor “immigratie” en “emigratie”:

- art. 112 W.IPR: is geen regel van vennootschapsrecht
- “immigratie”: formele procedure met behoud rechtspersoonlijkheid (Lamot-arrest: Cass. 12 april 1965, RW 1965-66, 911, met conclusies advocaat-generaal F. Dumon, 873-912)
- “emigratie”: toepasselijk recht geen “essentieel kenmerk” sinds W.Venn. moet “werkelijke zetel” mee verhuizen?
- quid met “feitelijke” zetelverplaatsing?
- fiscaal géén continuïteit

##### (57) “immigratie” naar België:

- (ev.) procedure van oorsprongland
- immigratie zonder emigratie kan ! (“dubbele nationaliteit”)
- voldaan aan grondvoorwaarden van de gekozen Belgische vorm
- Belgische formaliteiten (notaris) en publiciteit

##### (58) “emigratie” vanuit België:

- procedure van “omzetting” (art. 774 e.v. W.Venn.) ? unaniem als extra-verplichtingen voor vennoten?
- “emigratie” onder opschortende voorwaarde van “immigratie”
- voorwaarden recht ontvangstland



- ev. openen bijkantoor in België
- (59) **Vanneste-arrest.** Raad van State 29 juni 1987 : Belgische vennootschap die zetel overbrengt naar het buitenland, blijft voor het Belgisch recht een rechtspersoon: betekenis van dit arrest?:
  - bevestiging van *Lamot-arrest*? of
  - illustratie dat feitelijke zetelverplaatsing geen wijziging van *lex societatis* met zich brengt?

## 5. Internationale mobiliteit: Europa

- (60) Lees Chapter II van *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law* (2011).

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf)

- (61) **Rechtspraak Hof van Justitie**

- **Daily Mail-arrest** (Hof van Justitie, 27 september 1988)
  - verplaatsing bestuurszetel UK-vennootschap naar Nederland (om fiscale redenen), wordt volgens UK-recht onderworpen aan voorafgaande administratieve toestemming van fiscale administratie
  - HvJ: vestigingsvrijheid EG-Verdrag impliceert geen recht op internationale zetelverplaatsing (primair vestigingsrecht), met behoud van rechtspersoonlijkheid in land van oprichting
  - nationaal recht bepaalt exclusief of vennootschap die zetel verplaatst nog verder blijft bestaan in die nationale rechtsorde
- **Cartesio-arrest** (Hof van Justitie 16 december 2008)
  - Hongaarse vennootschap (werkelijke zeteland) wil werkelijke zetel verplaatsen naar Italië maar toch Hongaarse vennootschap blijven; niet toegelaten volgens Hongaars recht
  - HvJ: lidstaat kan zelf aanknopingsfactor bepalen opdat vennootschap geldig zou zijn opgericht volgens recht van die lidstaat (primair vestigingsrecht); houdt ook recht in om te bepalen dat die status verdwijnt wanneer de zetel wordt verplaatst en dus de aanknopingsfactor verbroken (= bevestiging *Daily Mail*, tegen de verwachtingen in)
  - (*obiter dictum*) : lidstaat kan wel de omvorming naar vennootschap van een andere lidstaat niet belemmeren door bv. ontbinding te eisen, voor zover recht van ontvangende lidstaat die omvorming toestaat
- **National Grid Indus BV-arrest** (Hof van Justitie 29 november 2011)
- **Vale-arrest** (Hof van Justitie 12 juli 2012)
  - Italiaanse vennootschap wil zetel en activiteiten verplaatsen naar Hongarije (en vennootschap naar Hongaars recht worden).
  - De artikelen 49 VWEU en 54 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling die, terwijl zij bepaalt dat vennootschappen naar binnenlands recht mogen worden omgezet, niet op algemene wijze toestaat dat een



vennootschap die onder het recht van een andere lidstaat valt, wordt omgezet in een vennootschap naar nationaal recht door een dergelijke vennootschap op te richten.

- De artikelen 49 VWEU en 54 VWEU moeten in het kader van een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap aldus worden uitgelegd dat de lidstaat van ontvangst gerechtigd is het voor deze verrichting relevante nationale recht te bepalen en aldus de bepalingen van zijn nationale recht inzake binnenlandse omzettingen toe te passen die de oprichting en de werking van een vennootschap regelen, zoals de vereisten inzake het opstellen van een balans en een inventariering van de activa. Niettemin verzetten het gelijkwaardigheidsbeginsel respectievelijk het doeltreffendheidsbeginsel zich ertegen dat de lidstaat van ontvangst voor grensoverschrijdende omzettingen weigert om de vennootschap die de omzetting heeft gevraagd te vermelden als „rechtsvoorgangster”, indien een dergelijke vermelding van de rechtsvoorgangster in het handelsregister wel is voorzien voor binnenlandse omzettingen, en weigert om tijdens de inschrijvingsprocedure van de vennootschap naar behoren rekening te houden met de van de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong afkomstige documenten.

(62) **“internationale fusie” als middel om zetel te verplaatsen:**

- 10<sup>de</sup> Richtlijn van 26 oktober 2005 (grensoverschrijdende fusies)
- Sevic-arrest (Hof van Justitie, 13 december 2005):
  - fusie tussen Duitse vennootschap en Luxemburgse vennootschap waarvan zij aandelen had verworven; Duitsland weigert fusie omdat het niet gaat om 2 Duitse vennootschappen
  - HvJ: vestigingsvrijheid impliceert verbod om fusie te weigeren waarbij een buitenlandse venn. betrokken is, wanneer fusie tussen 2 binnenlandse venn. wel mogelijk is onder bepaalde voorwaarden

(63) **EESV, SE, SCE: werkelijke zetel + verandering van toepasselijk recht mogelijk**

(64) **14de richtlijn omtrent internationale zetelverplaatsing: werkzaamheden stopgezet**

(65) **Bedenkingen:**

- Is België voorbeeldig leerling in Europese vennootschapsklas (cf. softe invulling van "werkelijke zetel" en *Lamot*-doctrine) die niet wordt beloond door Hof van Justitie?
- Te veel Europese aandacht voor rechtskeuze voor juridische drager i.p.v. voor mobiliteit van onderneming?
- Meer aandacht nodig voor "transfer of business"? (zie o.a. F. Bouckaert, "Kan een bedrijfstak door een buitenlandse vennootschap in een Belgische vennootschap worden ingebracht of aan een Belgische vennootschap worden verkocht volgens de bepalingen van art. 174/54 e.v. Venn.W.?", TRV 1997, 298; M. Wyckaert, "De toepasselijkheid van de artikelen 759 e.v. bij grensoverschrijdende herstructureringen", TRV 2001, 214.)

\* \* \*

## Annex – Relevante bepalingen uit het W.Venn. en het IPR Wetboek

### — Wetboek van Vennootschappen:

"BOEK IV. - Bepalingen gemeenschappelijk aan de rechtspersonen geregeld in dit wetboek.

**Algemene bepaling.**

**Art. 55bis.** De bepalingen van dit boek zijn van toepassing op alle vennootschappen, voor zover ervan niet wordt afgeweken in de volgende boeken.

**TITEL I. - Internationaal privaatrechtelijke bepalingen.**

[**Art. 56.** Een vennootschap waarvan de werkelijke zetel zich in België bevindt, is aan de Belgische wet onderworpen, ook al is de akte van oprichting in het buitenland verleden.] (*Opgeheven door IPR Wetboek*);

**Art. 57.** De zaakvoerders, bestuurders, commissarissen en vereffenaars, die hun woonplaats in het buitenland hebben, worden geacht voor de gehele duur van hun taak woonplaats te kiezen in de zetel van de vennootschap, waar hen alle dagvaardingen en kennisgevingen kunnen worden gedaan betreffende de zaken van de vennootschap en de verantwoordelijkheid voor hun bestuur en hun toezicht.

**Art. 58.** De vennootschappen die in het buitenland zijn opgericht en daar hun voornaamste vestiging hebben, kunnen in België hun werkzaamheden verrichten en in rechte optreden, en er een bijkantoor oprichten. (*Vóór IPR Wetboek: "werkelijke zetel" i.p.v. "voornaamste vestiging"*).

De rechtsvorderingen ingesteld door buitenlandse vennootschappen die in België een bijkantoor hebben of in België een openbaar beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan zoals bedoeld in artikel 88, zijn evenwel onontvankelijk indien zij hun oprichtingsakte niet hebben neergelegd overeenkomstig de artikelen 81, 82 of 88.

**Art. 59.** Zij die in België met het bestuur van een bijkantoor van een buitenlandse vennootschap zijn belast, dragen jegens derden dezelfde aansprakelijkheid als degenen die een Belgische vennootschap besturen."

### — Wetboek van internationaal privaatrecht:

"HOOFDSTUK I. - Algemene bepalingen.

[...]

**Afdeling 3. - Vaststelling van de nationaliteit, de woonplaats en de verblijfplaats.**

[...]

**Woonplaats en gewone verblijfplaats.**

**Art. 4. § 1.** Voor de toepassing van deze wet wordt onder woonplaats verstaan :

1° de plaats waar een natuurlijke persoon volgens de bevolkingsregisters, de vreemdelingenregisters of het wachtregister in België zijn hoofdverblijf heeft;

2° de plaats waar een rechtspersoon in België zijn statutaire zetel heeft.

§ 2. Voor de toepassing van deze wet wordt onder gewone verblijfplaats verstaan :

1° de plaats waar een natuurlijke persoon zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning; om deze plaats te bepalen, wordt met name rekening gehouden met omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die duurzame banden met die plaats aantonen of wijzen op de wil om die banden te scheppen;

2° de plaats waar een rechtspersoon zijn voornaamste vestiging heeft.

§ 3. Voor de toepassing van deze wet wordt de voornaamste vestiging van een rechtspersoon bepaald door in het bijzonder rekening te houden met zijn bestuurscentrum, evenals met zijn zaken- of activiteitscentrum, en in bijkomende orde met zijn statutaire zetel.

[...]

## **HOOFDSTUK X. - Rechtspersonen.**

### **Internationale bevoegdheid inzake rechtspersonen.**

**Art. 109.** In afwijking van de algemene bepalingen van deze wet, zijn de Belgische rechters slechts bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de geldigheid, de werking, de ontbinding of de vereffening van een rechtspersoon, indien de voornaamste vestiging of de statutaire zetel van die rechtspersoon zich in België bevindt bij de instelling van de vordering.

Recht toepasselijk op rechtspersonen.

**Art. 110.** Rechtspersonen worden beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied zich vanaf de oprichting hun voornaamste vestiging bevindt.

Indien het buitenlands recht verwijst naar het recht van de Staat volgens hetwelk de rechtspersoon is opgericht, is dit laatste recht toepasselijk.

Toepassingsgebied van het recht toepasselijk op rechtspersonen.

**Art. 111.** § 1. Het recht van toepassing op rechtspersonen bepaalt met name :

- 1° het bestaan en de juridische aard van de rechtspersoon;
- 2° de firma of de maatschappelijke benaming;
- 3° de oprichting, de ontbinding en de vereffening;
- 4° de rechtsbekwaamheid van de rechtspersoon;
- 5° de samenstelling, bevoegdheden en werking van zijn organen;
- 6° de interne verhoudingen onder vennoten of leden alsmede de relaties tussen de rechtspersoon en zijn vennoten of leden;
- 7° de verkrijging en het verlies van de hoedanigheid van vennoot of lid;
- 8° de rechten en plichten verbonden aan de winstbewijzen of aandelen en de uitoefening ervan;
- 9° de aansprakelijkheid voor overtreding van het vennootschapsrecht of van de statuten;
- 10° de mate waarin de rechtspersoon ten aanzien van derden gehouden is tot betaling van schulden aangegaan door zijn organen.

§ 2. Niettemin kan een rechtspersoon de onbekwaamheid gegrond op beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid krachtens het toepasselijk recht niet inroepen ten aanzien van een tegenpartij indien die onbekwaamheid onbekend is in het recht van de Staat op wiens grondgebied de tegenpartij de rechtshandeling heeft gesteld en zij op dat ogenblik die onbekwaamheid niet kende noch behoorde te kennen.

### **Verplaatsing van de voornaamste vestiging.**

**Art. 112.** De verplaatsing van de voornaamste vestiging van een rechtspersoon van een Staat naar een andere gebeurt slechts zonder onderbreking in de rechtspersoonlijkheid wanneer zij plaatsvindt met inachtneming van de voorwaarden waaronder het recht van deze Staten zulks toestaat.

Wanneer een rechtspersoon zijn voornaamste vestiging verplaatst naar het grondgebied van een andere Staat, wordt hij vanaf de verplaatsing beheerst door het recht van die Staat.

### **Fusie.**

**Art. 113.** De fusie van rechtspersonen wordt voor elk van hen beheerst door het recht van de Staat dat voor de fusie op die rechtspersonen van toepassing is.

Rechten voortvloeiend uit een openbare uitgifte.

**Art. 114.** Rechten voortvloeiend uit de openbare uitgifte van titels worden beheerst, naar keuze van de houder van de titel, door het recht van toepassing op de rechtspersoon of door het recht van de Staat op wiens grondgebied de openbare uitgifte heeft plaatsgevonden.

### **Uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen.**

**Art. 115.** Een buitenlandse rechterlijke beslissing inzake de geldigheid, de werking, de ontbinding of de vereffening van een rechtspersoon wordt in België niet erkend indien, naast het bestaan van een weigeringsgrond bedoeld in artikel 25, de voornaamste vestiging van de rechtspersoon, bij de instelling van de vordering in het buitenland, in België was gevestigd."

## 6. Europees vennootschapsrecht



### Verplichte lectuur:

John Armour, Wolf-Georg Ringe, 'European company law 1999–2010: Renaissance and crisis' (2011) 48 *Common Market Law Review*, Issue 1, pp. 125–174

Neem voor recente ontwikkelingen kennis van:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm)

## Les 5

### Structuur van het Belgisch rechtspersonenrecht

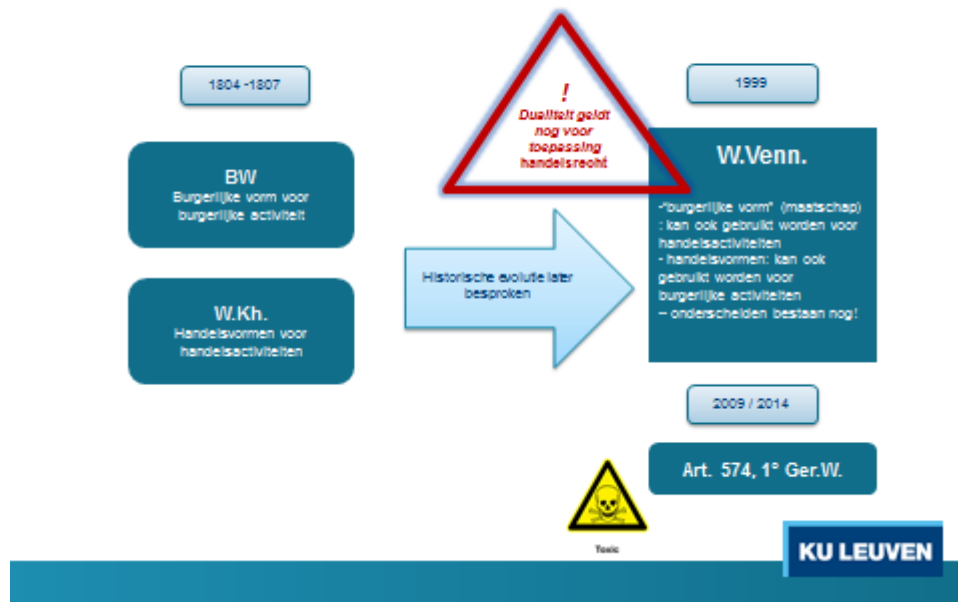
**Bibliografie.** K. Geens, F. Hellemans en M. Wyckaert, "Structuur en opbouw van het Wetboek van vennootschappen", in Jan Ronse Instituut (ed.), *Het Wetboek van vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblo, 2002, 11-26; K. Geens "Tweehonderd jaar vennootschapsrecht in vogelvucht", in *Tweehonderd jaar Wetboek van koophandel*, Brussel, Larcier, 2007, 91-116 (partim). Zie de lege ferenda: K. Geens, "Het Wetboek van Vennootschappen : lean and mean, fit and proper ?", in *Quid leges sine cogitationes?*, Kalmthout, Biblo, 2011, 73-101 en Belgisch Centrum van het vennootschapsrecht, *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014.



#### 1. Vindplaats vennootschappelijke rechtspersonen en structuur van het Wetboek van Vennootschappen

(66) Ontstaansgeschiedenis van het Wetboek van Vennootschappen

#### Vennootschapsrecht: van dualiteit naar eenheid



(67) Opbouw van het Wetboek

- Structuur van het wetboek
  - groeperen van gemeenschappelijke bepalingen (boeken I, II, IV, XI en XII)
  - volledig uitschrijven van bepalingen per rechtsvorm (ook bij herstructurering); met enkele uitzonderingen (Comm. VA., AV in CV, SE, SCE)

— Hiërarchie van de regels :

- zie art. 3 W.Venn. : venn. beheerst door overeenkomsten, door het burgerlijk recht en (indien handelsaard) door bijzondere wetten op de koophandel
- zie art. 18 W.Venn. : bepalingen Boek II gelden voor zover er in volgende boeken niet van wordt afgeweken, en voor zover niet in strijd met wetten/gebruiken koophandel
- zie art. 55bis W.Venn. : bepalingen boek IV van toepassing op alle venn. (*met rechts-persoonlijkheid*), voor zover er in volgende boeken niet van wordt afgeweken



## 2. Indeling van de vennootschappen en rechtspersonen: vennootschap vs. vereniging

**Bibliografie.** K. Geens, “De fundamenteën van het vennootschapsrecht dooreengeschied vóór de eeuwwende”, in Jan Ronse Instituut (ed.), *De nieuwe Vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, 13-60; K. Geens en J. Vananroye, “De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen”, in W. Van Eeckhoutte (ed.), *Rechtspersonenrecht, Cyclus W. Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 425-487; M. Deneef, “De V.Z.W. : aan winstoogmerk en koopman voorbij, naar een economisch ondernemingsrecht?”, in Jan Ronse Instituut (ed.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1999, 437-461; M. Deneef, “De faillietverklaring van handelsvennootschappen, VZW's en stichtingen na het cassatiearrest van 4 oktober 2001, TRV 2002, 79-91. Zie voor een meer genuanceerd historisch beeld: D. De Ruysscher, “Een rechtshistorische kijk op schaalgrootte in het Belgische en Franse handels- en economisch recht”, in *Regelgeving op maat van KMO's*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 226, nr. 172 e.v. Zie over het ondernemingsbegrip: J. Vananroye en K.-J. Vandormael, “Van handelsrecht naar ondernemingsrecht”, te verschijnen 2014.

- (68) **Winstoogmerken in het handels- en verenigingsrecht.** Het winstoogmerk is een klassiek concept uit het handels- en verenigingsrecht. Het biedt inzicht om te stellen dat er in het handels- en verenigingsrecht niet één uniform winstoogmerk bestaat, maar dat dit elusief begrip minstens drie verschillende doelen en invullingen dekt:

1./ Ontsnappingsroute voor natuurlijke personen. Vooreerst is het winstoogmerk, vooral sinds het “zwembad”-arrest een theoretische ontsnappingsroute voor natuurlijke personen die objectieve daden van koophandel stellen. Cass. 19 januari 1973, *Pas.* 1973, I, 492, *RCJB* 1974, 321:

“Overwegende dat, indien luidens artikel 2 van het Wetboek van koophandel bepaalde handelingen bij wet worden geacht daden van koophandel te zijn, zulks zo is omdat de wetgever vermoedt dat die handelingen met winstoogmerk geschieden; Dat dit nochtans slechts een vermoeden “juris tantum” is dat vatbaar is voor tegenbewijs; dat de rechter oordeelt of dit tegenbewijs is aangebracht; Overwegende dat het arrest dit tegenbewijs afleidt uit de omstandigheid dat verweerder pastoor is, dat hij het zwembad heeft ingericht en bestuurt in het raam van de diensten die hij in zijn hoedanigheid van pastoor aan de parochie en de bevolking verleent en dat hij die diensten zonder winstoogmerk verleent; Overwegende dat het Hof van beroep daaruit wettelijk heeft kunnen afleiden dat, ook indien de exploitatie van het zwembad moet worden beschouwd als een onderneming van openbare schouwspelen in de zin van artikel 2, lid 5, van het Wetboek van koophandel, zij, bij gebrek aan winstoogmerk, niet kan worden beschouwd als een door verweerder geëxploiteerde handelsonderneming, en verweerder dus niet op grond van artikel 1 van voormeld wetboek als handelaar moet worden beschouwd”.

Zonder dat art. 2 en 3 W.Kh. dit expliciet bepalen wordt aangenomen dat een natuurlijke persoon die objectieve daden van koophandel (opgesomd in art. 2 en 3 W.Kh.) stelt als gewoon of aanvullend beroep, toch kan ontsnappen aan het label van handelaar indien hij aantoonbaar dat deze handelingen worden gesteld zonder winstoogmerk. In de praktijk heeft dit een zeer beperkt belang en komt het nauwelijks voor dat een natuurlijke persoon erin slaagt om aan te tonen dat de objectieve daden van koophandel, gesteld als beroep, zonder winstoogmerk werden gesteld.

2./ Positieve norm voor vennootschappen. Verder is het winstoogmerk een positieve norm waaraan elke vennootschap (met of zonder rechtspersoonlijkheid) moet voldoen.



Dit had vooral historisch een groot belang. In de 19<sup>de</sup> eeuw werd dit winstoogmerk restrictief geïnterpreteerd om organisaties zonder een economische doelstelling te verhinderen om voor de vennootschapsvorm te kiezen en zo een verbod op/strikte reglementering van zulke niet-economische organisaties te omzeilen (zie J. VANANROYE, *Morele wezens en wetsontduikende monniken: over de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 29 p.). De mogelijkheid om zich voor ideële doelstellingen te verenigen in een juridische vorm die makkelijk aan het rechtsverkeer kan deelnemen, was de inzet van een verhitte ideologische strijd waarvan we ons de hevigheid nu nog moeilijk kunnen inbeelden. Politieke, economische en religieuze passies, eerder dan een nuchtere juridische analyse voedden deze polemiek. Politiek, vanwege een jacobijns wantrouwen tegenover intermediaire organisaties tussen staat en burger. Economisch, vanuit een liberale theorie die het eigenbelang zag als motor van de maatschappelijke vooruitgang (*private vices, public benefits*) en de samenwerking voor een gemeenschappelijk doel zonder winstbejag als een tegennatuurlijk ideaal afkeurde. Religieus, omdat antiklerikalen in de juridische erkenning van kloosterordes een verafschuwde terugval in de *mainmorte* zagen.

Geleidelijk werd het winstoogmerk voor vennootschappen soepel geïnterpreteerd door ook vennootschappen met enkel een onrechtstreeks winstoogmerk (bv. een klassieke CV) of met een sociaal oogmerk (VSO) toe te laten. Minstens sinds de VZW-Wet van 1921 is er ook geen bezorgdheid meer dat de vennootschap wordt “misbruikt” als vluchtform voor ideële samenwerkingsverbanden. Vergeleken met de vennootschappen met rechtspersoonlijkheid is de VZW immers een “light vehicle” *avant la lettre*.

Het belang in het positieve recht van deze norm (opnieuw: als positieve norm voor vennootschappen en niet als negatieve norm voor verenigingen) is naar onze mening dan ook zeker gering, indien niet onbestaand.

3./ Negatieve norm voor verenigingen en stichtingen. Ten slotte is er het winstoogmerk als een negatieve norm waaraan een vereniging of stichting *niet mag* voldoen (zie art. 2 VZW-Wet).

Dit winstoogmerk als negatieve norm is een veel enger begrip en sluit in de eerste plaats uitkeringen aan de leden uit, dit zijn onverplichte prestaties zonder een (gelijkwaardige) tegenprestatie.

Deze negatieve norm voor verenigingen en stichtingen is de verschijningsvorm van het winstoogmerk dat ongetwijfeld nog het grootste positiefrechtelijke belang heeft.

Een onrechtstreeks patrimoniaal voordeel (zonder uitkering) kan overigens wel in een vereniging. De wettelijke specialiteit van de vennootschap en van de vereniging overlappen mekaar dan ook, wat opnieuw bewijst dat er niet sprake is van één winstoogmerk. Onrechtstreekse vermogensvoordelen kunnen geldig worden nagestreefd onder de vorm van zowel een vennootschap als een vereniging.

- (69) **Wettelijke specialiteit van de VZW: drie verschillende vragen.** Veel verwarring in het Belgisch ondernemingsrecht ontstaat doordat bij het afbakenen van de wettelijke specialiteit van een rechtspersoon (in het bijzonder verenigingen en stichtingen) drie vragen te weinig van elkaar worden onderscheiden:

- 1/ Wat moet de uiteindelijke doelstelling van de rechtspersoon zijn (bv. economisch of ideel)?;
- 2/ Welke concrete activiteiten mag de rechtspersoon verrichten (bv. mag de rechtspersoon goederen en diensten aanbieden op de markt)?; en
- 3./ Mag de rechtspersoon uitkeringen verrichten?

Vraag 1 en vraag 3 worden in het verenigingsrecht ten onrechte zelden onderscheiden. Het uitkeringsverbod (derde vraag) maakt op zich een rechtspersoon echter nog niet ideëel of belangeloos (eerste vraag). Het uitkeringsverbod verbiedt immers niet dat een vereniging of stichting onrechtstreeks het vermogensbelang dient van de oprichters, stichter, leden, bestuurders of van een kleine kring van met hen betrokken personen (bv. familieleden of een beroepsgroep).

Als soms wordt gesteld dat de VZW of een stichting een ideëel of belangeloos doel moet hebben, is dit dan ook geen correcte weergave van het positieve recht. In de praktijk hebben heel wat verenigingen een niet-ideëel doel. Dat levert op zich geen juridische problemen op. Zo zal een handelaarsverbond of een ondernemingsvereniging een economische doelstelling hebben. Een ander voorbeeld van een vereniging of stichting met een niet-ideëel doel is een administratiekantoor.

- (70) **Wettelijke specialiteit van de VZW: verwarring in het handelsrecht.** Helemaal moeilijk wordt het doordat de tweede vraag (in het bijzonder: mag een vereniging of stichting economische activiteiten stellen) verwarrend in verband wordt gebracht met de derde vraag (het uitkeringsverbod).

De letterlijke interpretatie van art. 1 VZW-Wet (“welke niet nijverheids- of handelszaken drijft”) zou met zich meebrengen dat een VZW géén nijverheids- of handelszaken mag doen. Door de rechtspraak is dit echter zo geïnterpreteerd dat een VZW wel nijverheids- of handelszaken mag verrichten, zolang ze maar bijkomstig zijn. Dit criterium van de bijkomstigheid – dat in de doctrine soms heter wordt opgediend dan het in de praktijk worden opgegeten – mist echter scherpheid en de indruk heerst soms dat een loutere cosmetische lippendienst aan een hoger doel volstaat. Zie voor recente rechtspraak M. DENEFF, J. THEUNIS en S. VERSTRAETEN, “Verenigingen en stichtingen. Kroniek (2012-12)”, TRV 2014, 369, nr. 35 en 370, nr. 39.

Het bijzondere is dat wegens de afwezigheid van winstoogmerk in de zin van de derde vraag (geen uitkeringen) een VZW nooit als handelaar wordt beschouwd, zelfs indien die VZW handelsdaden stelt die bij een natuurlijke persoon als een aanvullend of noodzakelijk beroep zouden worden beschouwd.

De ironie is dan ook dat art. 1 VZW-Wet in 1921 als bedoeling had om te verhinderen dat de VZW een aanzienlijke handelsactiviteit zou stellen, terwijl in de huidige praxis net met zich brengt dat een VZW belangrijke nijverheids- en handelsactiviteiten kan stellen zonder onderworpen te worden aan het bijzonder handelsrecht. Art. 1 VZW-Wet is in de praktijk daardoor verworpen van een verbod (“geen commerciële activiteiten”) tot een faciliterende fictie (“nooit onderworpen aan het handelsrecht, zelfs niet bij commerciële activiteiten”).



### 3. Indeling van de vennootschappen: burgerlijke en handelsvennootschappen

- (71) **Dualiteit tussen handelsrecht en burgerlijk recht.** Het handelsrecht wordt traditioneel omschreven als het geheel van rechtsregels (soms beperkt tot privaatrechtelijke regels) dat van toepassing is op handelaars. Handelaar of ‘koopman’ (beide synoniemen worden door mekaar gebruikt), is de persoon die ‘daden van koophandel’ uitoefent en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, zijn beroep maakt (art. 1 W.Kh).

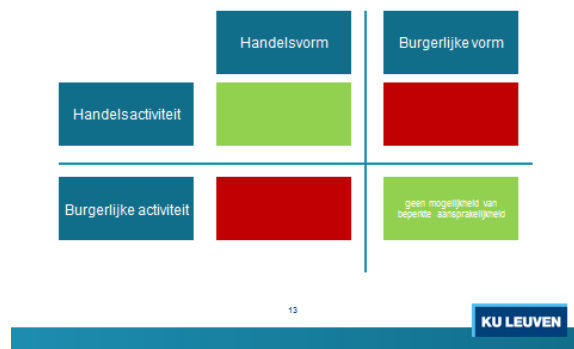
Deze ‘daden van koophandel’ (of handelsdaden) worden limitatief opgesomd in art. 2 e.v. W.Kh. Tegelijk worden ze vaak extensief geïnterpreteerd. Een bekend voorbeeld daarvan is het uitbaten van een zwembad, dat als een “verrichting van openbare schouwspelen” wordt beschouwd (zie hiervoor). Deze spanning tussen een limitatieve opsomming en een extensieve interpretatie komt de rechtszekerheid niet altijd ten goede.

Het Wetboek van Koophandel (*Code de Commerce*, W.Kh.) van 1807 is vandaag grotendeels uitgekleed, doordat reeds vanaf de 19de eeuw belangrijke stukken regelgeving verhuisden naar bijzondere wetten. Zoals bij een strippende 200-jarige kan worden verwacht, is de aanblik ervan niet altijd opwindend.

De dualiteit tussen regels voor handelaars en regels voor niet-handelaars geldt niet enkel voor natuurlijke personen maar ook voor vennootschappen en rechtspersonen. Sommige vennootschappen en rechtspersonen hebben een commerciële aard, andere een burgerlijke aard.

- (72) **Dualiteit in het vennootschapsrecht.** In de 19<sup>de</sup> eeuw had deze dualiteit nog belangrijke vennootschapsrechtelijke gevolgen:
- Vennootschappen met een burgerlijke activiteit konden enkel kiezen voor de burgerlijke vennootschap uit het Burgerlijk Wetboek, de huidige maatschap. Dus: zonder rechtspersoonlijkheid en zonder de mogelijkheid van beperkte aansprakelijkheid.
  - Vennootschappen met een commerciële activiteit konden (toen: moesten) kiezen voor de vennootschapsvormen van de *Code de Commerce* (later de Vennootschapswet).

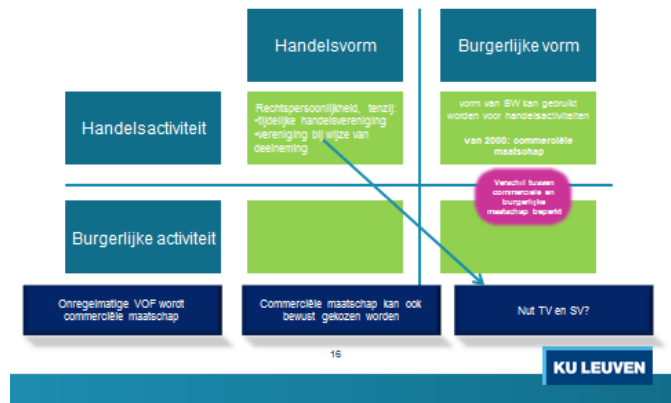
#### Historische evolutie: 1804-1807



## Historische evolutie: tot 1995



## Historische evolutie: vanaf 1995



Nadat eerst de handelsvormen werden opgesteld voor burgerlijke activiteiten (algemeen in 1926) en later de burgerlijke vorm voor commerciële activiteiten (1995), werd het burgerlijk en commercieel vennootschapsrecht in 1999 in één Wetboek van vennootschappen gecodificeerd.

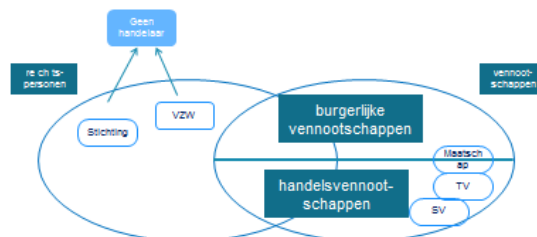
In het vennootschapsrecht lijkt daarmee de dualiteit tussen burgerlijke en handelsvennootschappen beperkt te worden tot het bewijs en de aansprakelijkheid bij de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (art. 49 en 52 W.Venn.) en de eigenaardige term “burgerlijke vennootschap met handelsvorm” (art. 3 §4 W.Venn.), die enkel door de juridische archeologie geduid kan worden. Tussen een vennootschap met rechtspersoonlijkheid (bv. NV, BVBA, CVBA) is echter geen verschil meer in vennootschapsrechtelijk regime naargelang de burgerlijke of commerciële aard.

Of zo lijkt het maar.



Ook in het vennootschapsrecht blijft het onderscheid tussen vennootschappen die handelaar zijn en zij die het niet zijn, immers veel groter dan een oppervlakkige studie van het W.Venn. zou doen geloven. In het handelsrecht, en in het bijzonder in het faillissementsrecht, blijft het onderscheid immers bestaan. De burgerlijke vennootschap met rechtspersoonlijkheid kan nog altijd niet failliet worden verklaard.

## Dualiteit handelaar/niet-handelaar



Deze blijvende handelsrechtelijke dualiteit heeft indirect ook belangrijke gevolgen voor het vennootschapsrecht:

- Enkele belangrijke aansprakelijkheidsgronden gelden immers enkel bij faillissement van de vennootschap, zoals de oprichtersaansprakelijkheid voor kennelijke ontoereikend kapitaal (bv. art. 456, 4° W.Venn.: “in geval van faillissement”) of de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijk grove fout (bv. art. 530 W.Venn.: “indien bij faillissement van de vennootschap...”). Deze vennootschapsrechtelijke regels zijn bijgevolg niet van toepassing op een vennootschap met een burgerlijk doel.
- Misschien nog belangrijker is dat ook aansprakelijkheidsregels en andere remedies die formeel ook gelden voor burgerlijke vennootschappen (bv. de gewone interne bestuursaansprakelijkheid) vaak dode letter blijven indien schuldeisers niet de mogelijkheid hebben om een curator als neutrale bewindvoerder in de plaats te stellen van de aandeelhouders en de bestuursorganen. De theoretisch aansprakelijke vennootschaps-insider zal immers vaak ook de controle hebben over het al dan niet instellen van de aansprakelijkheidsvordering voor rekening van de vennootschap.

(73) **Burgerlijk en handelsdoel: hoe bepalen?**

— **Natuurlijke personen** (pro memorie)

## Wie is handelaar? (natuurlijke persoon)

Art. 1 W.Kh.: “Kooplieden zijn zij die daden uitoefenen, bij de wet daden van koophandel genoemd, en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, hun gewoon beroep maken.”

“uitoefenen” = **aan wie daden worden toegerekend**



10

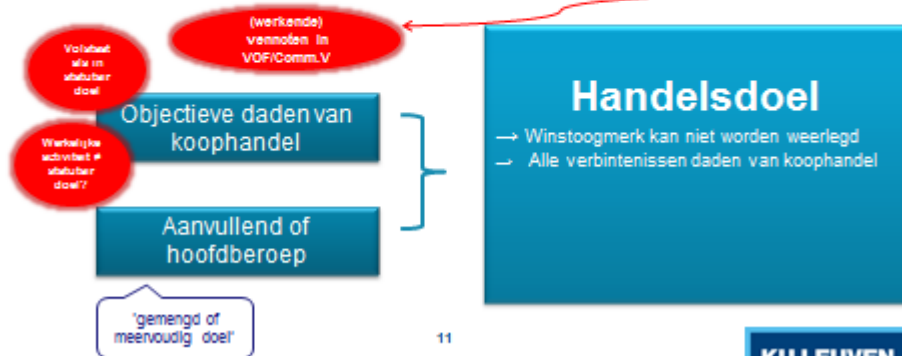
KU LEUVEN

— **Vennootschappen :**

## Wat anders voor vennootschap?

Art. 1 W.Kh.: "Kooplieden zijn zij die daden uitoefenen, bij de wet daden van koophandel genoemd, en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, hun gewoon beroep maken."

"uitoefenen" = aan wie daden worden toegerekend



- Handelaarschap vennoten in commerciële onvolkomen rechtspersoon: zie hoger
- Gemengd doel: handelsactiviteit is "sterker"
- Handelsactiviteit (hoofdzakelijk of aanvullend) in statutair doel volstaat om als handelaar te worden gekwalificeerd, ook als niet in werkelijkheid handelsdaden worden gesteld
- Wat bij als burgerlijk statutair doel met feitelijke handelsactiviteit?
  - klassieke opvatting: feitelijke activiteit in beginsel niet relevant, tenzij statutaire omschrijving niet duidelijk of om al dan niet ondergeschikt karakter handelsactiviteiten te bepalen
  - quid doeloverschrijdende handelingen in volkomen rechtspersonen met Prokura-systeem? niet-tegenwerpelijke doeloverschrijding mogelijk argument voor kwalificatie op basis van feitelijke activiteiten
  - Cass. 4 oktober 2001 : (RW 2001-02, 993, concl. Adv.-gen. Bresseleers, be-spreking J. Vananroye): indien burgerlijk statutair doel berust op veinzing, toch kwalificatie als commerciële vennootschap (accountant wordt immobiliënmakelaar)

(74) **Contestatie van dualiteit.** Wellicht is de contestatie van de noodzaak van een apart geheel van rechtsregels voor handelaars even oud als het handelsrecht zelf. In moderne tijden kunnen we drie grote reacties onderscheiden:

- ✓ **Eenmaking van het privaatrecht.** Vooreerst werd lang gepleit voor een eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht. Wellicht is vandaag de meerderheidsopvatting dat bijzondere rechtsregels, ook in het privaatrecht, voor de ondernemingspraktijk verantwoord zijn. Ook het Wetboek Economisch Recht ("WER") zet in zekere zin het idee van deze dualiteit verder.

Tegelijk is er ook een algemene consensus dat het begrip “koopman” daarbij niet langer een geschikt aanknopingspunt is. Boosdoener daarbij is vooral de versleten en weinig rationele lijst van de objectieve daden van koophandel in art. 2-3 W.Kh.

- ✓ **Formkaufmann.** De techniek van de *Formkaufmann* komt aan de kritiek op een dualiteit op basis van het handelaars-begrip tegemoet, althans voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (niet voor natuurlijke personen en andere organisatievormen).

De klassieke toepassing van deze techniek maakt gans het handelsrecht van toepassing op ondernemingen die de vorm kiezen van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid omwille van deze vorm, ongeacht of deze vennootschappen (volgens hun statutair doel of in werkelijkheid) als hoofd- of aanvullend beroep handelsdaden stellen. Deze techniek laat het onderscheid tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht bestaan. De handelaarshoedanigheid wordt niet enkel vastgeknoopt aan de aard van de activiteit (*Kaufmannn kraft Handelsgewerbes*) maar daarnaast ook aan de gekozen rechtsvorm (*Kaufmannn kraft Rechtsform*). Hoewel niet alle ondernemingsactiviteiten daarmee aan het handelsrecht worden onderworpen, wordt het domein van het handelsrecht wel substantieel uitgebreid.

Deze figuur is vooral bekend wegens de toepassing ervan door de Duitse wetgever (art. 6 Handelsgesetzbuch). Recent werd de techniek voorgesteld in de voorstellen van het Belgisch Centrum van het Vennootschapsrecht (P.-A. FORIERS en A. FRANCOIS, “Een nieuwe kijk op enkele klassieke dichotomieën in het vennootschapsrecht”, in *Het moderniseren van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 64).

Wel werd de techniek in België *ad hoc* voor bepaalde regels toegepast, recent nog in art. 3 van de Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (“WCO”) dat de gerechtelijke reorganisatie ook openstelde voor “burgerlijke vennootschappen met een handelsvorm” en landbouwvennootschappen. Hiermee werd het toepassingsgebied van de WCO uitgebreid in vergelijking met de oude Wet op het Gerechtelijk Akkoord, die enkel van toepassing was op handelaars (dit zijn: handelaars-natuurlijke personen en vennootschappen met een handelsdoel). Wel werd meteen deze uitbreiding van het toepassingsgebied van de WCO tot burgerlijke vennootschappen met rechtspersoonlijkheid voor een groot stuk uitgehold. Art. 4 al. 1 WCO bevat immers een belangrijke uitzondering. Deze bepaling sluit vennootschappen die de hoedanigheid hebben van een lid van een vrij beroep of waaronder de beoefenaars van een vrij beroep hun activiteit uitoefenen uit van het toepassingsgebied van de WCO. Vrije beroepers vormen wellicht kwantitatief en economisch net het belangrijkste voorbeeld van ondernemingen die géén handelaar zijn in de zin van art. 1 W.Kh. Wat art. 3 WCO geeft, neemt art. 4 WCO daarmee voor een groot stuk terug.

- ✓ **Modernere ondernemingsbegrip.** Veel recente ondernemingswetgeving knoopt regels niet langer vast aan het handelaarslabel (al dan niet uitgebreid naar handelaars-omwille-van-de-vorm), maar aan een meer actueel en ruimer ondernemingsbegrip. Of beter: ondernemingsbegrippen, want van één uniform ondernemingsbegrip is daarbij zeker geen sprake.

Vaak gebeurde dit door de invloed of dwang van Europese wetgeving waar doorgaans met een ruimer ondernemingsbegrip wordt gewerkt, zelfs in die gevallen waar de term “handelaar” wordt gebruikt. De meeste bekende definities komt uit het Europees mededingingsrecht, waar een onderneming door de rechtspraak wordt gedefinieerd als “elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd” (HvJ 23 april 1991, C-41/90, Klaus Höfner, *Jur.*

1991, I, 1979. Zie W. DEVROE en C. GEERS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, A, 242 e.v.).

Ook het Wetboek Economisch Recht (WER) en de algemene bevoegdheid van de Rechtbank van Koophandel maken sinds 2014 gebruik van zulk modern ondernemingsbegrip (zie hierna § 4).



Bijlage: J. Vananroye en K.-J. Vandormael, “Once more unto the breach: het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en de muren rond collectieve insolventieprocedures”, TRV 2013 (geen leerstof)

de vereisten inzake het opstellen van een balans en een inventaris van de activa. Niettemin verzetten het gelijkwaardigheidsbeginsel respectievelijk het doeltreffendheidsbeginsel zich ertegen dat de lidstaat van ontvangst

- voor grensoverschrijdende omzettingen weigert om de vennootschap die de omzetting heeft gevraagd te vermelden als “rechtsvoorgangster”, indien een dergelijke vermelding van de rechtsvoorgangster in het handelsregister wel is voorzien voor binnenlandse omzettingen, en
- weigert om tijdens de inschrijvingsprocedure van de vennootschap naar behoren rekening te houden met de van de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong afkomstige documenten.

### Kosten

[...]

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht :

1) De artikelen 49 VWEU en 54 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling die, terwijl zij bepaalt dat vennootschappen naar binnenlands recht mogen worden omgezet, niet op algemene wijze toestaat dat een vennootschap die onder het recht van een andere lidstaat valt, wordt omgezet in een vennootschap naar nationaal recht door een dergelijke vennootschap op te richten.

2) De artikelen 49 VWEU en 54 VWEU moeten in het kader van een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap aldus worden uitgelegd dat de lidstaat van ontvangst gerechtigd is het voor deze verriching relevante nationale recht te bepalen en aldus de bepalingen van zijn nationale recht inzake binnenlandse omzettingen toe te passen die de oprichting en de werking van een vennootschap regelen, zoals de vereisten inzake het opstellen van een balans en een inventaris van de activa. Niettemin verzetten het gelijkwaardigheidsbeginsel respectievelijk het doeltreffendheidsbeginsel zich ertegen dat de lidstaat van ontvangst

- voor grensoverschrijdende omzettingen weigert om de vennootschap die de omzetting heeft gevraagd te vermelden als “rechtsvoorgangster”, indien een dergelijke vermelding van de rechtsvoorgangster in het handelsregister wel is voorzien voor binnenlandse omzettingen, en
- weigert om tijdens de inschrijvingsprocedure van de vennootschap naar behoren rekening te houden met de van de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong afkomstige documenten.

[...]

## NOOT

Voor een bespreking van dit arrest zie A. VAN HOE, “We zijn er bijna, maar nog niet helemaal : grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na *Vale*”, *TRV* 2013, 539.

## GRONDWETTELIJK HOF

28 februari 2013

Voorzitters : R. Henneuse en M. Bossuyt

Rechters : L. Lavrysen, J.-P. Moerman, E. Derycke, P. Nihoul en F. Daoût

Advocaten : J.-F. Dascotte *loco* P. Bossard en V. Vander Geeten *loco* F. Gosselin

WCO - TOEPASSINGSGEBIED - LANDBOUWERS (OUD RECHT) - UITSLUITING NATUURLIJKE PERSONEN - SCHENDING GRONDWETTELIJK GELIJKHEIDSBEGINSEL - LACUNE IN DE WETGEVING

*Artikel 3 (oud) van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het inhoudt dat een landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, niet het voordeel van de bij die wet in werking gestelde maatregelen en procedures geniet.*

---

P.M.

---

[...]

### I. ONDERWERP VAN DE PREJUDICIËLE VRAGEN EN RECHTSPLEGING

Bij vonnis van 22 maart 2012 inzake P.M., waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 27 maart 2012, heeft de rechtbank van koophandel te Charleroi de volgende prejudiciële vragen gesteld :

1. “Schendt artikel 3 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het impliceert dat een landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, niet het voordeel geniet van de maatregelen in werking gesteld bij de vermelde wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, terwijl dezelfde

landbouwer die zijn beroepsactiviteit uitoefent in het kader van een landbouwvennootschap of een burgerlijke vennootschap met handelsvorm, wel het voordeel geniet van de bij die wet in werking gestelde maatregelen?";

2. "Schendt artikel 3 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het impliceert dat een landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, niet het voordeel geniet van de maatregelen in werking gesteld bij de vermelde wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, terwijl de koopman die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, wel het voordeel geniet van de bij die wet in werking gestelde maatregelen?".

[...]

## II. DE FEITEN EN DE RECHTSPLEGING IN HET BODEMGESCHIL

Met toepassing van de artikelen 16 en volgende van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen wordt bij de rechtbank van koophandel te Charleroi een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie ingediend door P.M., die het beroep van landbouwer uitoefent als natuurlijke persoon. De Rechtbank stelt vast dat in artikel 3 van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen wordt gepreciseerd dat zij van toepassing is op de in artikel 1 van het Wetboek van koophandel bedoelde kooplieden, op de in artikel 2, § 3, van het Wetboek van vennootschappen bedoelde landbouwvennootschap en op de in artikel 3, § 4, van hetzelfde Wetboek bedoelde burgerlijke vennootschappen met handelsvorm. Zij leidt daaruit af dat die wet niet van toepassing is op de landbouwers die hun beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefenen. De Rechtbank vraagt zich bijgevolg af of artikel 3 van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het bepaalde soorten van ondernemingen uitsluit van het voordeel van de wet. Zij beslist bijgevolg om de voormelde vragen aan het Hof te stellen.

## III. IN RECHTE

A.1. P.M. verwijst naar het arrest nr. 55/2011 van 6 april 2011, waarin het Hof een functionele beoordeling van het begrip "onderneming" in aanmerking heeft genomen. Hij doet gelden dat de door een nationale rechtsorde verleende rechtspersoonlijkheid in dat kader geen element is dat noodzakelijk is voor de kwalificatie als onderneming.

Hij voert aan dat het verschil in behandeling dat voortvloeit uit het niet toepassen van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie op zijn situatie, een onevenredige beperking van zijn rechten met zich

meebrengt. Hij is van oordeel dat de verantwoording die is afgeleid uit de vaststelling dat de zelfstandige landbouwers geen afgescheiden vermogen hebben, niet aanvaardbaar is aangezien de zelfstandige kooplieden, die nochtans wel het voordeel van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie genieten, evenmin een afgescheiden vermogen hebben en aangezien zowel de landbouwers als de kooplieden een economische activiteit uitoefenen die bestaat in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt.

A.2.1. De Ministerraad is van mening dat de twee categorieën van landbouwers die in de eerste prejudiciële vraag met elkaar worden vergeleken, zich wezenlijk van elkaar onderscheiden door het feit dat de landbouwvennootschap of burgerlijke vennootschap over rechtspersoonlijkheid beschikt. Hij zet uiteen dat de landbouwvennootschap of burgerlijke vennootschap over een eigen vermogen beschikt en dat het, indien het noodzakelijk is ze te reorganiseren, dat vermogen is dat op het spel zal staan en niet het persoonlijk vermogen van de landbouwer die ze beheert. Hij beklemtoont dat het net is omdat de zelfstandige landbouwer niet over een afgescheiden vermogen beschikt, dat de wetgever hem van het toepassingsgebied van de wet heeft willen uitsluiten.

A.2.2. Wat de tweede prejudiciële vraag betreft, brengt de Ministerraad in herinnering dat het doel van de wetgever, door het aannemen van de in het geding zijnde wet, erin bestond het handelsrecht grondig te hervormen en bijgevolg een alternatief voor het faillissement of het gerechtelijk akkoord voor te stellen. Hij leidt daaruit af dat die wetgeving van nature enkel van toepassing is op kooplieden, die de enige adressaten van de voormelde wetgevingen zijn, aangezien een natuurlijke persoon niet failliet kan worden verklaard, noch het voorwerp van een gerechtelijk akkoord kan uitmaken.

A.2.3. Hij doet gelden dat de landbouwers die hun beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefenen, niet kunnen worden vergeleken met kooplieden die hun activiteit als natuurlijke persoon uitoefenen in zoverre de daden die onder het beroep van landbouwer vallen, niet als daden van koophandel worden aangemerkt in de wet, zodat de landbouwers-natuurlijke personen, door de aard zelf van hun beroep, geen handel drijven en bijgevolg niet onder het toepassingsgebied van de faillissementswet en van de wet betreffende het gerechtelijk akkoord vallen.

A.2.4. De Ministerraad voegt daaraan toe dat er gevallen bestaan waarin landbouwers daden van koophandel stellen, bijvoorbeeld wanneer zij dieren kweken teneinde ze te verkopen en wanneer zij ze voederen met voer dat niet door hun eigen onderneming is geproduceerd. Hij leidt daaruit af dat artikel 3 van de in het geding zijnde wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen niet in die zin kan worden begrepen dat het elke landbouwer die zijn activiteit als natuurlijke persoon uitoefent, op absolute en automatische wijze uitsluit van het toepassings-

gebied van de wet, en dat de eventuele uitsluiting meer afhangt van de feitelijke omstandigheden van de zaak dan van een algemene uitsluitingsregeling.

A.2.5. Bovendien wijst de Ministerraad erop dat de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, ook al wordt hij uitgesloten van het voordeel van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen wanneer hij geen enkele daad van koophandel stelt, als niet-koopman en als natuurlijke persoon over middelen beschikt die in wezen identiek zijn aan die welke de in het geding zijnde wet biedt om de burgerlijke insolventie te vermijden, aangezien hij een beroep kan doen op de in de artikelen 1675/2 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde procedure van collectieve schuldenregeling.

A.2.6. Ten slotte is de Ministerraad van mening dat een discriminatie, gesteld dat zij zou worden vastgesteld, haar oorsprong niet in artikel 3 van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen zou vinden, maar wel in het Wetboek van koophandel in zoverre de uitoefening van een landbouwberoep daarin niet als een daad van koophandel wordt aangemerkt.

A.3.1. Wat de eerste prejudiciële vraag betreft, antwoordt P.M. dat het verschil in behandeling niet redelijkerwijs evenredig is. Hij doet gelden dat de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, net zoals de landbouwvennootschap een economische entiteit vormt die goederen en diensten aanbiedt op een bepaalde markt. Hij is van oordeel dat het gebrek aan een afgescheiden vermogen ten aanzien van de landbouwer-natuurlijke persoon geen relevant criterium is aangezien de koopman die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, wel het voordeel van de bepalingen van de wet geniet.

A.3.2. Wat de tweede prejudiciële vraag betreft, voert P.M. aan dat het aangeklaagde verschil in behandeling wel degelijk voortvloeit uit de in het geding zijnde bepaling en niet uit het Wetboek van koophandel. Hij is van oordeel dat de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen, in tegenstelling tot wat de Ministerraad beweert, een belangrijke hervorming doorvoert die niet enkel betrekking heeft op de kooplieden maar ook op de economische ondernemingen, waarnaar wordt verwezen met de generieke term “schuldenaren” en niet langer “kooplieden” zoals in de wet betreffende het gerechtelijk akkoord.

Bovendien antwoordt hij dat hij niet in aanmerking komt voor de collectieve schuldenregeling aangezien hij als handelsonderneming bij de Kruispuntbank van Ondernemingen is ingeschreven en aangezien die inschrijving als vermoeden van commercialiteit geldt. Hij voegt daaraan toe dat de procedure van collectieve schuldenregeling geen enkele doeltreffende oplossing biedt voor het veiligstellen van de continuïteit van zijn onderneming aangezien zij een [te geldmaking] van de activa van de tot de collectieve schul-

denregeling toegelaten persoon inhoudt, hetgeen volstrekt onverenigbaar is met het voortzetten van de activiteit. Hij besluit daaruit dat de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, dus over geen enkele adequate procedure beschikt die het hem mogelijk maakt zijn continuïteit te verzekeren.

B.1. De prejudiciële vragen hebben betrekking op artikel 3 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (hierna : de wet van 31 januari 2009), dat bepaalt :

“Deze wet is toepasselijk op de volgende schuldenaren : de kooplieden bedoeld in artikel 1 van het Wetboek van koophandel, de landbouwvennootschap bedoeld in artikel 2, § 3, van het Wetboek van vennootschappen en de burgerlijke vennootschappen met handelsvorm bedoeld in artikel 3, § 4, van hetzelfde wetboek”.

B.2. De wet van 31 januari 2009 vervangt de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, die volgens de wetgever “snel tegen haar grenzen [bleek] aan te lopen”.

De wetgever streefde ernaar “de duurzame ontwikkeling en de gezondmaking van de ondernemingen [voort te zetten], zonder daarom de mechanismen van de normale markten te verstoren door rechterlijke beslissingen” (*Parl. St.*, Kamer, 2007, DOC 52-0160/001, p. 4, en *Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, DOC 52-0160/002, p. 39).

De bij de in het geding zijnde wet in werking gestelde maatregelen strekken ertoe een “systeem [te creëren] waarmee zonder al te veel moeilijkheden een economische activiteit kan worden geherstructureerd tegen een achtergrond van pre-faillissement en zelfs van dreigend faillissement” (*Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, DOC 52-0160/002, p. 39), zodat “voortaan [...] de schuldenaar die liquiditeitsproblemen heeft - of zelfs in staat van faillissement verkeert - over een waaier van mogelijkheden [beschikt] om de onderneming die rendabel kan worden gemaakt te redden” (*ibid.*, p. 41).

B.3.1. Aan het Hof worden vragen gesteld over de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het feit dat de landbouwers die hun beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefenen, niet het voordeel van de in de wet van 31 januari 2009 bedoelde maatregelen genieten, terwijl, enerzijds, de landbouwers die hun beroepsactiviteit uitoefenen in het kader van een landbouwvennootschap of een burgerlijke vennootschap met handelsvorm (eerste vraag) en, anderzijds, de kooplieden die hun beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefenen (tweede vraag), wel het voordeel ervan genieten.

Het Hof onderzoekt beide vragen samen.

B.3.2. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.4.1. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd de toepassing van de nieuwe maatregelen enkel voorbehouden aan kooplieden, zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. De indieners ervan wensten aldus “de parallelle met de faillissementswet” te handhaven (*Parl. St.*, Kamer, 2007, DOC 52-0160/001, p. 10).

De huidige tekst van de wet is ontstaan uit een amendement dat door de Regering is ingediend. Met betrekking tot het toepassingsgebied van de wet wordt in de verantwoording van dat amendement aangegeven :

“Tijdens de hoorzittingen van 27 november 2007 tot 12 februari 2008 is gebleken dat een uitbreiding wenselijk was van het toepassingsgebied van een wet die de herstructurering van ondernemingen mogelijk maakt. De burgerlijke vennootschappen met handelsvorm en de landbouwvennootschappen kunnen thans geen gerechtelijk akkoord genieten. Het zijn evenwel economische entiteiten die perfect passen in het kader van de regelgeving die u wordt voorgesteld. Daarom is het toepassingsgebied van de wet door het amendement van de regering uitgebreid tot deze entiteiten, met als enige uitzondering de vrije beroepen die overigens voldoende worden begeleid door Orden of Instituten” (*Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, DOC 52-0160/002, p. 40);

en :

“De verruiming heeft tot gevolg dat de meeste ondernemingen voor wie de wetgeving nuttig zou zijn, betrokken worden bij de nieuwe wetgeving” (*ibid.*, p. 46).

B.4.2. Op de vraag van een lid van de bevoegde commissie van de Kamer van volksvertegenwoordigers over het uitsluiten van de “gewone landbouwers die een zelfstandigenstatuut hebben” van het voordeel van de nieuwe regeling, antwoordde de minister dat “de procedure van gerechtelijk akkoord niet van toepassing [kon] zijn op zelfstandige landbouwers omdat zij geen afgescheiden vermogen hebben” (*Parl. St.*, Kamer, 2008-2009, DOC 52-0160/005, p. 157).

B.5.1. Het in de eerste prejudiciële vraag vermelde verschil in behandeling tussen de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent en diegene die dezelfde beroepsactiviteit in het kader van een vennootschap uitoefent, berust op het criterium van de rechtspersoonlijkheid die de vennootschap kenmerkt, terwijl zij bij de natuurlijke persoon ontbreekt. In tegenstelling tot wat het geval is voor de landbouwer die zijn activiteit in het kader van een vennootschap uitoefent, is het vermogen dat verband houdt met de beroepsactiviteit van de landbouwer-natuurlijke persoon, niet afgescheiden van zijn persoonlijk vermogen.

B.5.2. Dat criterium van onderscheid op grond van de rechtspersoonlijkheid en met betrekking tot het al dan niet bestaan van afgescheiden vermogens is objectief. Het kan echter niet als relevant worden beschouwd in het kader van de toepassing van de in de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen bedoelde maatregelen en procedures aangezien de kooplieden die hun activiteit als natuurlijke persoon uitoefenen en bijgevolg evenmin over een afgescheiden vermogen beschikken, van hun kant wel het voordeel van de in de in het geding zijnde wet bedoelde regeling genieten.

De toepassing van de in het geding zijnde wet op de kooplieden die hun beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefenen, toont dus aan dat het bezitten van rechtspersoonlijkheid geen noodzakelijke voorwaarde is om de maatregelen te kunnen genieten waarin door de wetgever is voorzien teneinde de continuïteit van de ondernemingen in moeilijkheden te bevorderen.

B.6.1. Het in de tweede prejudiciële vraag vermelde verschil in behandeling tussen de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent en de koopman die zijn beroepsactiviteit eveneens als natuurlijke persoon uitoefent, berust op de kwalificatie als daden van koophandel die kan worden gegeven aan de activiteiten van de koopman, terwijl zij de activiteiten van de landbouwer niet, geheel of gedeeltelijk, kenmerkt. Dat criterium van onderscheid, dat is afgeleid uit de hoedanigheid van koopman van de schuldenaar op wie de insolventieprocedures betrekking hebben, is dat waarop het vaststellen van het toepassingsgebied van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, opgeheven bij artikel 85 van de in het geding zijnde wet, was gebaseerd. Het is eveneens identiek aan het criterium waarop het vaststellen van het toepassingsgebied van de faillissementswet van 8 augustus 1997 berust.

B.6.2. Het criterium met betrekking tot de hoedanigheid van koopman van de schuldenaar is objectief. Het Hof dient nog na te gaan of het relevant is.

B.6.3. De wet van 31 januari 2009 is krachtens de in het geding zijnde bepaling niet alleen op de in artikel 1 van het Wetboek van koophandel bedoelde kooplieden maar ook op de in het Wetboek van vennootschappen bedoelde landbouwvennootschappen en

burgerlijke vennootschappen met handelsvorm van toepassing. Daaruit vloeit voort dat de wetgever aan de in het geding zijnde wet een ruimer toepassingsgebied heeft gegeven dan dat van de twee voormelde wetten. De wetgever heeft dus zelf geoordeeld dat het voordeel van de maatregelen en procedures die ertoe strekken de continuïteit van de ondernemingen in moeilijkheden te verzekeren, niet enkel tot de ondernemingen met de hoedanigheid van koopman moest worden beperkt en dat het in overeenstemming zou zijn met het algemeen belang om het uit te breiden tot andere schuldenaars, met name tot de vennootschappen die actief zijn op het gebied van de landbouw.

B.6.4. De wetgever heeft aldus uitdrukkelijk ervoor gekozen om het toepassingsgebied van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen niet op alle punten te doen overeenstemmen met dat van de vroegere wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord of nog met dat van de faillissementswet, aangezien hij ondernemingen waarop de faillissementsprocedure geen betrekking kan hebben omdat zij niet de hoedanigheid van koopman hebben, het voordeel van de in de eerstgenoemde wet bedoelde maatregelen heeft laten genieten.

B.7. Daaruit kan worden afgeleid dat het uit de hoedanigheid van koopman afgeleide criterium, net zoals het criterium dat is afgeleid uit het bezitten van rechtspersoonlijkheid, niet relevant is ten opzichte van het bij de wet van 31 januari 2009 nagestreefde doel.

De in de prejudiciële vragen vermelde verschillen in behandeling zijn niet redelijk verantwoord.

B.8. Bovendien streeft de bij de artikelen 1675/2 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek ingevoerde procedure van collectieve schuldenregeling niet hetzelfde doel na als de bepalingen van de wet van 31 januari 2009. De procedure van collectieve schuldenregeling strekt immers ertoe “de financiële toestand van de schuldenaar te herstellen, met name hem in staat te stellen in de mate van het mogelijke zijn schulden te betalen en tegelijkertijd te waarborgen dat hij zelf en zijn gezin een menswaardig leven kunnen leiden” (artikel 1675/3, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek), maar in tegenstelling tot de in de in het geding zijnde wet bedoelde maatregelen strekt zij niet ertoe de activiteit van de onderneming in moeilijkheden zoveel mogelijk te behouden, in het belang van de ondernemer maar ook in het belang van zijn schuldeisers.

Daaruit vloeit voort dat de bescherming van de schuldenaar in het kader van de inwerkingstelling van een procedure van collectieve schuldenregeling niet gelijkwaardig kan worden geacht met het voordeel dat de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent en die met moeilijkheden wordt geconfronteerd, van de toepassing van de in het geding zijnde wet zou kunnen verwachten.

B.9. Ten slotte, in tegenstelling tot wat de Ministerraad aanvoert, vloeit de in B.7 vastgestelde discriminatie wel degelijk voort uit het toepassingsgebied van de in het geding zijnde wet zoals het in artikel 3 ervan wordt gedefinieerd, en niet uit de definitie van daden van koophandel die uit de bepalingen van titel I van het Wetboek van koophandel wordt afgeleid.

B.10. De prejudiciële vragen dienen bevestigend te worden beantwoord.

Artikel 3 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen is niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het inhoudt dat een landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, niet het voordeel van de bij die wet in werking gestelde maatregelen en procedures geniet.

B.11. Aangezien de in B.10 vastgestelde leemte zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst, komt het de verwijzende rechter toe een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, vermits die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen, die toelaten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

## **Om die redenen,**

### **het Hof**

zegt voor recht :

Artikel 3 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het inhoudt dat een landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, niet het voordeel van de bij die wet in werking gestelde maatregelen en procedures geniet.

[...]

# ONCE MORE UNTO THE BREACH - HET GRONDWETTELIJK GELIJKHEIDSBEGINSEL EN DE MUREN ROND COLLECTIEVE INSOLVENTIEPROCEDURES

**1. Toepassingsgebied WCO (2009).** De Wet Continuïteit Ondernemingen, zoals afgekondigd op 31 januari 2009, was van toepassing op (i) kooplieden bedoeld in art. 1 W.Kh. (hierna : “handelaars”, hetgeen kan verwijzen naar zowel natuurlijke personen als rechtspersonen); (ii) landbouwvennootschappen in de zin van art. 2, § 3 W.Venn., d.i. een specifieke vennootschapsvorm die openstaat voor landbouwactiviteiten; en (iii) burgerlijke vennootschappen met handelsvorm in de zin van art. 3, § 4 W.Venn., dit zijn vennootschappen met rechtspersoonlijkheid die niet onderworpen zijn aan het handelsrecht<sup>(1)</sup>, maar met een vorm die traditioneel tot de “handelsvormen” wordt gerekend (V.O.F., Comm.V., BVBA, CV, NV, Comm. VA, ESV, SE en SCE).

Hiermee werd het toepassingsgebied van de WCO uitgebreid in vergelijking met de oude Wet op het Gerechtelijk Akkoord, die enkel van toepassing was op handelaars (dit zijn : handelaars-natuurlijke personen en vennootschappen met een handelsdoel).

In 2007, twee jaar voor deze belangrijke vernieuwing, schreef GEENS nog dat het een anomalie was dat burgerlijke vennootschappen met handelsvorm niet aan het collectief insolventierecht waren onderworpen<sup>(2)</sup>.

De grote sprong voorwaarts was de hierboven beschreven uitbreiding in 2009 echter nog altijd niet...

Ten eerste geldt de uitbreiding naar burgerlijke vennootschappen niet voor alle collectieve insolventieprocedures (laat staan voor gans het handelsrecht). Enkel de gerechtelijke reorganisatie wordt gevisieerd, niet het faillissement. Dit komt verder aan bod in randnr. 12.

Verder wordt de uitbreiding van het toepassingsgebied van de WCO tot burgerlijke vennootschappen met rechtspersoonlijkheid voor een groot stuk uitgehold. Art. 4, al. 1 WCO bevat immers een belangrijke uitzondering. Deze bepaling sluit vennootschappen die de hoedanigheid hebben van een lid van een vrij beroep of waaronder de beoefenaars van een vrij beroep hun activiteit uitoefenen uit van het toepassingsgebied van de WCO. Vrije beroepers vormen wellicht kwantitatief en economisch net het belangrijkste voorbeeld van ondernemingen die géén handelaar zijn in de zin van

art. 1 W.Kh. Wat art. 3 WCO geeft, neemt art. 4 WCO daarmee voor een groot stuk terug.

Volledigheidshalve : art. 4, al. 2 WCO sluit sinds 2010 ook de daarin opgesomde financiële instellingen uit van het toepassingsgebied van de WCO. De reden hiervoor is vooral dat de WCO niet op maat van de noden van financiële instellingen is geschreven, o.a. omdat de mogelijkheid van een opschorting het vertrouwen van het publiek kan ondermijnen<sup>(3)</sup>. Dit aspect van het toepassingsgebied van de WCO, ingegeven door redenen specifiek voor een sector met alternatieve procedures, komt hierna niet meer aan bod.

**2. En de boer, hij ploegde voort.** Ondernemingen-natuurlijke personen die geen handelaar zijn in de zin van art. 1 W.Kh. vielen buiten het toepassingsgebied van de WCO zoals bepaald in 2009. Ze zijn geen handelaar, en vallen evenmin onder de principiële uitbreiding naar niet-handelaars die geldt voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.

Een traditioneel voorbeeld van een onderneming zonder handelskarakter is de landbouwer. Landbouwactiviteiten behoren vanouds niet tot de in art. 2-3 W.Kh. opgesomde daden van koophandel. Art. 2, vierde streepje sluit zelfs expliciet een verwerking van voortbrengselen van de eigen grond uit als handelsdaad, indien het een verwerking is die normaal bij landbouwbedrijven behoort. Daarmee gaat de uitsluiting van landbouwactiviteiten zelfs verder dan die van mijnactiviteiten, een andere traditioneel burgerlijke ondernemingsactiviteit.

Tot zover de hoofdregel in de wet. In de rechtspraak en de doctrine wordt er meteen een uitzondering aan toegevoegd : als een landbouwactiviteit wordt uitgeoefend met aangekochte grondstoffen en niet met op het eigen bedrijf geproduceerde grondstoffen, dan dient zij als een handelsactiviteit te worden beschouwd<sup>(4)</sup>. De uitzondering is daarmee misschien wel belangrijker dan de regel. De meeste landbouwondernemingen vallen dan wellicht ook niet onder de uitsluiting van art. 2, vierde streepje W.Kh., en worden als handelaar gekwalificeerd.

Het voorgaande weerhoudt een landbouwer-natuurlijke persoon uit Henegouwen er niet van om aan de rechtbank van koophandel te Charleroi een verzoekschrift voor te leggen tot het bekomen van een gerechtelijke reorganisatie.

Deze landbouwer beroept zich daarbij *niet* op voornoemde, nochtans ruime, pretoriaanse uitzondering op de wettelijke regel dat landbouwactiviteiten geen handelsdaden zijn. Hij kwalificeert zichzelf dus als een

1. Met “handelsrecht” verwijzen we in deze noot naar het zgn. “afwijkend handelsrecht”, dit zijn bijzondere regels die afwijken van het gemeen burgerlijk recht en die van toepassing zijn op handelaars.  
2. K. GEENS, “200 jaar vennootschapsrecht in perspectief”, *TPR* 2007, 80, nr. 5.  
3. Wetsontwerp tot uitbreiding van de herstelmaatregelen voor de ondernemingen uit de bank- en financiële sector, memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2009-10, 2406/001, 9.  
4. G.L. BALLON, “Daden van koophandel” in *Liber amicorum G.L. Ballon*

in *Handels- en Economisch Recht*, deel I, A, Mechelen, Kluwer, 2011, 172, nr. 176; G.L. BALLON, “Een industrieel vetmester is geen landbouwer, maar een handelaar”, *TGR-TWVR* 2007, 330. Zie bv. Cass. 12 juni 1987, 1403, *Pas.* 1987, I, 1263, *TBH* 1987, 664 en *RW* 1989-90, 677 (kweken van leghennen is geen verwerking normaal voor landbouwbedrijven indien de kippen niet gevoederd worden met de eigen voortbrengselen); Gent 17 mei 1990, *RW* 1990-91, 964 (vetmesten van varkens zonder daarvoor de eigen voortbrengselen te gebruiken).

niet-handelaar, waardoor hij buiten het toepassingsgebied van art. 3 WCO valt (zie verder randnr. 12 voor een mogelijke verklaring voor zulke strategie).

De rechtbank stelt daarop een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid van de uitsluiting van landbouwers-natuurlijke personen van het voordeel van de WCO-maatregelen met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (art. 10 en 11 Grondwet).

Ook vóór het geannoteerde arrest had COUSY overigens opgemerkt dat de “accentuering van de gelijkheidsgedachte [...] op gespannen voet staat met de verschillende behandeling van natuurlijke personen en rechtspersonen met beperkte aansprakelijkheid”<sup>(5)</sup>.

**3. Ongrondwettigheid art. 3 WCO en wetgevende replek (2013).** Er werden door de rechtbank van koophandel van Charleroi twee verschillen in behandeling in vraag gesteld : (i) dat tussen een landbouwer-natuurlijke persoon en een landbouwer die dezelfde activiteiten uitoefent via een landbouwvennootschap of vennootschap met handelsvorm en (ii) dat tussen een landbouwer-natuurlijke persoon en handelaar-natuurlijke persoon.

Het Grondwettelijk Hof antwoordt op beide vragen tegelijk en oordeelt dat art. 3 WCO de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre het inhoudt dat een landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, niet het voordeel van de bij die wet in werking gestelde maatregelen en procedures geniet. De verwijzende rechter krijgt van het Hof de opdracht de discriminatie op te lossen, en moet de landbouwer-natuurlijke persoon toelaten tot de WCO-maatregelen (d.i. een zgn. “zelfherstellende lacune”, zie overweging B.11)<sup>(6)</sup>. Het arrest had tot gevolg dat (vanaf dan) de verwijzende rechter (en in de praktijk ook andere rechtscolleges die met een gelijkaardige vraag worden geconfronteerd) art. 3 WCO op een dergelijke manier moeten toepassen dat ook landbouwers-natuurlijke personen onder het toepassingsgebied van de WCO vallen (zie daarover randnr. 14).

De wetgever heeft intussen de hint van het Grondwettelijk Hof opgepikt, zij het zeer restrictief (zie verder randnr. 6). De recent aangenomen wet van 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen (BS 22 juli 2013) heeft “de landbouwers” toegevoegd aan het toepassingsgebied van de gerechtelijke reorganisatie in art. 3 WCO<sup>(7)</sup>.

Positiefrechtelijk is het arrest van het Grondwettelijk Hof dan ook niet langer de rechtsbasis voor de toepassing van de WCO op landbouwers-natuurlijke personen. Wel relevant blijft het feit dat het Grondwettelijk Hof in het geannoteerde arrest de rationaliteit van het personeel toepassingsgebied van collectieve insolventieprocedures heeft willen toetsen aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

Er bestaat in de rechtsleer wellicht een consensus dat de regels omtrent het personeel toepassingsgebied van collectieve insolventieprocedures niet consistent of rationeel zijn. De uitsluiting van landbouwers-natuurlijke personen uit het toepassingsgebied van de WCO was hier maar één symptoom van; en wellicht niet het belangrijkste. De uitbreiding van het toepassingsgebied in art. 3 WCO naar vennootschappen met een burgerlijk doel werd daarbij als een eerste belangrijke stap gezien, waarbij o.a. werd verwacht dat de wetgever zou volgen voor het toepassingsgebied van de Faillissementswet<sup>(8)</sup>. Dit is voorsnog niet gebeurd.

Deze noot wil met enkele brede stroken schetsen hoe het Grondwettelijk Hof hier kan bewegen waar de wetgever is blijven stilzitten.

#### 4. Koopman, *Formkaufmann* en onderneming.

De genoemde uitbreiding in art. 3 WCO (2009) stelde de traditioneel handelsrechtelijke figuur van de gerechtelijke reorganisatie open voor ondernemingen die geen handelsdaden stellen. Daarmee maakte de wetgever *ad hoc* - enkel voor de WCO - gebruik van de zgn. *Formkaufmann*-techniek (die als dusdanig overigens niet wordt benoemd in de parlementaire voorbereiding of in de argumentatie van de minister-raad voor het Grondwettelijk Hof).

Deze figuur is vooral bekend wegens de toepassing ervan door de Duitse wetgever (art. 6 Handelsgesetzbuch)<sup>(9)</sup>. De klassieke toepassing ervan maakt gans het handelsrecht van toepassing op ondernemingen die de vorm kiezen van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid omwille van deze vorm, ongeacht of deze vennootschappen volgens hun statutair doel of in werkelijkheid als hoofd- of aanvullend beroep handelsdaden stellen<sup>(10)</sup>. Deze techniek laat het onderscheid tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht bestaan. De handelaarshoedanigheid wordt niet enkel vastgeknoopt aan de aard van de activiteit (*Kaufmannn kraft Handelsgewerbes*) maar daarnaast ook aan de gekozen rechtsvorm (*Kaufmannn kraft Rechtsform*). Hoewel niet alle ondernemingsactiviteiten daarmee aan het handelsrecht worden onderworpen, wordt het domein van het handelsrecht wel substantieel uitgebreid<sup>(11)</sup>.

5. H. COUSY, “Paradigmawijzigingen in het insolventierecht” in *Liber amicorum E. Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 293.  
6. Zie hierover : K.-J. VANDORMAEL, “Lacunes in art. 14 RvS-wet” (noot bij GwH 10 maart 2011, nr. 36/3011), *RW* 2011-12, 1464, nr. 5; K.-J. VANDORMAEL, “Het recht als logisch consistent systeem - (ongrondwettige) lacunes in de wetgeving”, *CDPK* 2011, 32-46.  
7. Wet van 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van ondernemingen, BS 22 juli 2013.  
8. M. TISON en I. VEROUĞSTRAETE, “Conceptuele zwaartepunten van de Wet Continuïteit Ondernemingen” in *Gerechtelijke reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 17, nr. 28;

E. DIRIX, “De hoedanigheid van koopman in het insolventierecht” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 503, nr. 618.  
9. Zie C.-W. CANARIS, *Handelsrecht*, München, Beck, 2006, 37 e.v.  
10. K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, S. DE DIER en F. PARREIN, *De Vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 16, nr. 7; J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 21; S. FREDERICQ, *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, proefschrift Gent, 1957, 73, nr. 53.  
11. Zie ook de bespreking van de uitbreiding van art. 3 WCO naar vennootschappen met rechtspersoonlijkheid : *Parl.St.* Kamer, doc. 52, 0160/002, 46.



De *Formkaufmann* werd, voor gans het handelsrecht, sinds 1913 reeds toegepast in het recht van Belgisch-Congo<sup>12)</sup>. De kolonisator zelf bleef in eigen land achter, al werd de techniek voorgesteld in het zgn. Groot Ontwerp van 1979 (dat nooit wet werd)<sup>13)</sup>. Wel werd de techniek in België in het verleden reeds eerder *ad hoc* voor bepaalde regels toegepast; zo werden bv. op het vlak van boekhoudkundige verplichtingen burgerlijke vennootschappen met een handelsvorm gelijkgesteld met handelaars<sup>14)</sup>.

De laatste decennia is het stil rond de *Formkaufmann*.

Dit is ongetwijfeld zo omdat deze techniek intussen werd voorbijgestreefd door meer moderne technieken om een afwijkend recht voor ondernemingen vorm te geven. Veel recente ondernemingswetgeving knoopt regels niet langer vast aan het handelaarslabel (al dan niet uitgebreid naar handelaars-omwille-van-de-vorm), maar aan een meer actueel en ruimer ondernemingsbegrip<sup>15)</sup>. Of beter : ondernemingsbegrippen, want van één uniform ondernemingsbegrip is daarbij zeker geen sprake.

Voor de doeleinden van het onderwerp van deze noot kan als “onderneming” worden beschouwd : elke natuurlijke of rechtspersoon (of samenwerking tussen natuurlijke en/of rechtspersonen) die op duurzame wijze een economische activiteit uitoefent<sup>16)</sup>.

Er zijn twee eigenaardigheden met de modernisering van het toepassingsgebied van de gerechtelijke reorganisatie in 2009.

Een eerste is dat de wetgever geen gebruik maakte van een modern ondernemingsbegrip als aanknopingspunt; wél van een *ad hoc* toepassing van de *Formkaufmann*.

Een tweede is dat de *Formkaufmann* in de WCO het aanknopingspunt is voor regels die vooral een voordeel verschaffen aan wie die kwalificatie opgeplakt krijgt. De WCO geeft aan de onderneming in de eerste plaats rechten met als doel de continuïteit van activiteiten van de onderneming te bestendigen. Dat gebeurt onder meer door de schuldenaar voordelen te geven die de normale rechten van schuldeisers opschort of buiten spel zet. Een belangrijk symptoom hiervan is dat de schuldenaar, met belangrijke uitzonderingen<sup>17)</sup>, het exclusief initiatiefrecht heeft voor het openen van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie<sup>18)</sup>. Het is niet zo evident dat een vrijwillige keuze voor een vorm die ook derden “treft”, bepa-

lend is voor voordelen die aan andere ondernemingen worden ontzegd.

Dit is een atypisch gebruik van het handelaarslabel : doorgaans is de kwalificatie als handelaar het aanknopingspunt van bijzondere verplichtingen, die niet gelden voor andere rechtssubjecten. Bij regels die een verplichting opleggen aan handelaars, ligt het meer voor de hand om die verplichtingen ook uit te breiden naar burgerlijke ondernemingen met rechtspersoonlijkheid. Bij deze ondernemingen wordt immers vrijwillig gekozen voor een vorm die door de aanwezigheid van vermogensafschieding (en vaak ook beperkte aansprakelijkheid) een nadelige invloed kan hebben op derden. Dat die keuze consequenties heeft, onder de vorm van een verhoogde derdenbescherming, ligt dan ook voor de hand.

Het Hof spreekt overigens (in navolging van de verwijzende rechter) enkel over het “*voordeel* van de bij [de WCO] in werking gestelde maatregelen en procedures”. Deze exclusieve verwijzing naar “*voordeel*” moet niet al te letterlijk worden genomen : de WCO kan ook in het *nadeel* werken van een schuldenaar, bv. in die gevallen waar een schuldeiser of het openbaar ministerie een verzoek tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag kan opstarten. Ook deze bepalingen zijn na bovenstaand arrest van toepassing op landbouwers-natuurlijke personen (zie hierboven onder randnr. 3).

**5. De *Formkaufmann* als bres in de muur van het handelsrecht.** Mentaal stapte de wetgever van 2009 van 1807 naar ergens begin 20ste eeuw. Hoewel niet volledig *à jour*, was art. 3 WCO daarmee ongetwijfeld een stap in de goede richting, nl. een (kleine) stap vooruit.

Het is dan ook op het eerste gezicht verrassend dat het stapje dat de wetgever in 2009 maakte, leidt tot een afkeuring door het Grondwettelijk Hof. In het bovenstaande arrest stelt het Grondwettelijk Hof immers dat de vorm van een landbouwonderneming (vennootschap met rechtspersoonlijkheid dan wel natuurlijke persoon) géén pertinent criterium vormt voor het toekennen van het voordeel van de bij WCO in werking gestelde maatregelen en procedures.

Heeft het Grondwettelijk Hof daarmee de *Formkaufmann*-techniek ongrondwettig verklaard ? Dat zou eigenaardig zijn. Deze figuur kent immers een eerbiedwaardige doctrinale pedigree in België, heeft een ruime internationale erkenning en werd zoals vermeld ook reeds eerder *ad hoc* toegepast in België.

12. R. PIRET, *L'évolution de la législation Belge sur les sociétés anonymes*, Doornik, Casterman, 1946, 129; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1954, 108, voetnoot 1.

13. K. GEENS en M. WYCKAERT, *De Vennootschap. Algemeen Deel*, 187, nr. 100.

14. Zie W. VAN GERVEN, *Handels- en Economisch recht*, I, A, Antwerpen, Story, 1989, nr. 61, 78.

15. Zie o.a. W. VAN GERVEN, “Koophandel zonder wetboek - Synthese en slotbeschouwingen” in *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, Brussel, Larcier, 2007, 370-371; E. TERRY, “Codificatie in het economisch recht” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, deel I, A, 41, nr. 32; G. STRAETMANS, “Verkoopersbegrip uit de Wet op de

Handelspraktijken; de daden van koophandel ontgroeid, *TBH* 2004, 462-472. Zie ook reeds J. STUYCK, “Algemene inleiding en toepassingsgebied” in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, Kluwer, 1992, 26-27.

16. K. GEENS, V. COLAERT, F. HELLEMANS, B. KEIRSBILCK, E. TERRY en J. VANANROYE, *Handels-, vennootschaps- en economisch recht*, syllabus 2012-13, 23, nr. 52.

17. Zie in het bijzonder art. 14 en art. 59, § 2 WCO.

18. Zie H. GEINGER en P. VANLERSBERGHE, “De gerechtelijke reorganisatie : procedurele aspecten” in *Gerechtelijke reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, 128, nr. 11.

Het is zeker niet *prima facie* irrationeel dat de aard van de activiteit (voor natuurlijke personen) en de vorm waaronder die activiteit wordt uitgeoefend (voor rechtspersonen) als twee alternatieve aanknopingspunten worden gebruikt, met een onderscheid tot gevolg tussen twee categorieën ondernemingen-natuurlijke personen.

Bij nader inzien is er iets anders aan de hand. Problematisch vanuit het gelijkheidsbeginsel is niet de techniek van de *Formkaufmann* op zich, wel het onderscheid tussen “koopman” (naar inhoud of naar vorm) en andere ondernemingen. De wetgever ging met art. 3 WCO niet te ver met de uitbreiding naar de *Formkaufmann*, maar integendeel niet ver genoeg.

Dit blijkt ten eerste uit de motivering van het arrest.

Zowel de parlementaire voorbereiding als de argumentatie van de ministerraad voor het Grondwettelijk Hof verdedigen de uitsluiting van landbouwers-natuurlijke personen met het ongelukkige argument dat zij “geen afgescheiden vermogen hebben”<sup>19)</sup>. Dit is weliswaar juist, maar niet relevant. De *aanwezigheid* van een afgescheiden vermogen kan wel een verantwoording vormen voor extra verplichtingen; de *afwezigheid* van een afgescheiden vermogen kan moeilijk de verantwoording vormen voor het ontzeggen van voordelen (hoger nr. 4).

Het argument wordt terecht als verantwoording aan de kant geschoven omdat hetzelfde uiteraard ook geldt voor handelaars-natuurlijke personen, die evenzeer onder het toepassingsgebied van de WCO vallen. Het al dan niet bezitten van rechtspersoonlijkheid (‘het hebben van een afgescheiden vermogen’) is dan ook niet relevant om een beroep te kunnen doen op de maatregelen uit de WCO. Dit wijst er ook op dat het geannoteerde arrest in de eerste plaats het onderscheid tussen handelaars-natuurlijke personen en andere ondernemingen-natuurlijke personen in vraag stelt.

Dit wordt ten tweede bevestigd door de remedie van het Grondwettelijk Hof.

Het Hof sanctioneert de discriminatie niet door de uitbreiding naar burgerlijke vennootschappen met rechtspersoonlijkheid te schrappen, maar door de uitbreiding ook van toepassing te verklaren op landbouwers-natuurlijke personen (de zgn. “zelfherstellende lacune”, zie randnr. 3).

Van de twee discriminaties die door de verwijzende rechter in vraag worden gesteld, is die tussen de natuurlijke persoon-handelaar en de natuurlijke persoon-landbouwer daarom de fundamentele. Het andere verschil in behandeling, tussen landbouw-ondernemingen zonder en met rechtspersoonlijkheid, geeft enkel de munitie om het eerste verschil af te

schieten. De aard van de onderneming (burgerlijk of commercieel) wordt in de optiek van de wetgever van 2009 immers zelfs bij rechtspersonen als irrelevant beschouwd<sup>20)</sup>. Het Grondwettelijk Hof heeft dit inzicht doorgetrokken naar natuurlijke personen. Door een deurtje te bouwen in de traditionele muur tussen commerciële en burgerlijke ondernemingen, heeft de wetgever het Grondwettelijk Hof de kans gegeven om het relevant karakter van de muur zelf in vraag te stellen (zie overweging 6.4).

Het is enigszins ironisch dat indien de wetgever geen poging had gedaan om schuchter te moderniseren - en dus zoals bij de Wet Gerechtelijk Akkoord het toepassingsgebied enkel zou hebben gedefinieerd vanuit het oude handelaarslabel - de drempel voor het Grondwettelijk Hof hoger zou zijn geweest om dit antieke beschot in vraag te stellen.

**6. Verdere gevolgen voor andere burgerlijke ondernemingen-natuurlijke personen.** Met de reeds vermelde wijziging van de WCO is bovenstaand arrest niet langer onmisbaar voor landbouwers-natuurlijke personen. Zij zullen in ieder geval onder de WCO vallen op grond van de nieuwe tekst van art. 3 WCO (2013).

Daarmee is niet gezegd dat het bovenstaand arrest geen belang meer heeft voor het positieve recht. Er zijn immers nog andere gevallen van natuurlijke personen die een onderneming voeren met een burgerlijk karakter, die ook na de gewijzigde tekst van art. 3 WCO niet zullen vallen onder de tekst van art. 3 WCO.

Wellicht de belangrijkste categorie zijn, zoals reeds vermeld, de vrije beroepers; deze zijn echter een bijzonder geval omdat vennootschappen met deze activiteiten door art. 4 WCO expliciet aan het toepassingsgebied worden onttrokken. Ze krijgen daarom een aparte bespreking in randnrs. 9-11.

Landbouwers en vrije beroepers putten echter de niet-commerciële ondernemingen niet volledig uit<sup>21)</sup>. Belangrijk hierbij is dat de opsomming van daden van koophandel in art. 2-3 W.Kh. limitatief is.

Enkele voorbeelden van ondernemingen die niet het handelaarslabel opgekleefd krijgen :

- Vooreerst de “ambachtsonderneming”. Dit is een “onderneming opgericht door een private persoon die over een vestigingseenheid beschikt in België en er gewoonlijk, krachtens een contract van huur van diensten, hoofdzakelijk materiële prestaties levert, voor zover daarmee geen leveringen van waren of slechts toevallige leveringen van waren gepaard gaan” (art. 2 Wet KBO-wet van 16 januari 2003). Een ambachtsman is met andere woorden een natuurlijke persoon die als zelfstandige vakman, alleen of met behulp van derden, hoofdzake-

19. Parl.St. Kamer 2008-09, 52-0160/005, 157.

20. M. TISON en I. VEROUGSTRAETE, “Conceptuele zwaartepunten van de Wet Continuïteit Ondernemingen” in *Gerechtelijke reorganisatie* :

*getest, gewikt en gewogen*, 16, nr. 28.

21. Zie A. PUTTEMANS, “Le champ de la commercialité” in *Tweebonderd jaar Wetboek van Koophandel*, 52-55.

- lijk materiële arbeidsprestaties levert die op technische vaardigheid en beroepsbekwaamheid stoeien (en slechts toevallig koopwaar levert)<sup>(22)</sup>. Ook de ambachtsman kan onder de huidige tekst van de WCO geen beroep doen op een gerechtelijke reorganisatie.
- Ook de “delfstoffenonderneming” is zoals reeds vermeld in principe een burgerlijke onderneming. Omdat de extractie van grondstoffen door een onderneming-natuurlijke persoon wellicht in de praktijk niet belangrijk meer is, gaan we hier verder niet op in.
  - Verder zijn er ondernemingsactiviteiten - vaak zgn. intellectuele bedrijvigheden - die niet worden gevat door de limitatieve lijst van art. 2-3 W.Kh., maar die toch ook geen vrij beroep zijn in de klassieke betekenis van het woord (zie ook randnr. 9 over de grensconflicten tussen deze categorie en de vrije beroepers). Voorbeelden zijn kunstenaars, scenarioschrijvers, componisten, logopedisten, psychotherapeuten, binnenhuisarchitecten,...

Al deze natuurlijke personen kunnen onder de huidige tekst van de WCO geen beroep doen op een gerechtelijke reorganisatie. Het gezag van gewijsde van het beschikkend gedeelte uit het geannoteerde arrest is beperkt tot landbouwers en voor deze gevallen dus niet bindend (art. 9, § 2 BWGH)<sup>(23)</sup>. Toch is de redenering van het arrest volledig van toepassing op de hierboven aangehaalde gevallen : ook voor hen is er een onderscheid al naargelang het beroep wordt uitgeoefend als natuurlijke persoon of als vennootschap met handelsvorm; ook voor hen is er een verschil in behandeling met een natuurlijke persoon die handelaar is; en evenmin als voor landbouwers is er een relevante verantwoording voor deze verschillende behandeling. Meer nog : waar de wetgever nog een - weliswaar irrelevante (zie hoger randnr. 5) - poging heeft gedaan om de discriminatie van landbouwers-natuurlijke personen te verantwoorden (“geen afgescheiden vermogen”), komen deze voorbeelden zelfs niet aan bod in de parlementaire voorbereiding van de WCO.

Er kan naar onze mening dan ook weinig twijfel over bestaan dat ook niet-commerciële ondernemingen-natuurlijke personen die onder de huidige tekst van art. 3 WCO wel een beroep zouden kunnen doen op de gerechtelijke reorganisatie als ze de vorm van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid hadden aangenomen, zich ook met succes zouden kunnen beroepen op de redenering van bovenstaand arrest. Het is een gemiste kans dat de wetgever in de recente wijziging van de WCO de les van het Grondwettelijk Hof zeer beperkt heeft toegepast tot enkel landbouwers-natuurlijke personen (zie randnr. 3).

**7. Verdere gevolgen voor maatschap en tijdelijke vennootschap.** Bovenstaand arrest kan ook een betekenis hebben voor de maatschap en de tijdelijke vennootschap. Eenvoudigheidshalve spreken we

hierna enkel over de maatschap; de tijdelijke vennootschap is immers louter een variant van de maatschap. (Voor de derde vennootschapsvorm zonder rechtspersoonlijkheid, de stille vennootschap, rijzen er geen problemen : in deze vorm worden de ondernemingsactiviteiten immers enkel toegerekend aan de werkende vennoot, die volgens de gewone regels al dan niet een beroep kan doen op de WCO).

Ook na de gewijzigde tekst van art. 3 WCO zijn deze vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid uitgesloten van het toepassingsgebied van de WCO, ongeacht of ze een commercieel of een burgerlijk doel hebben. De WCO is immers enkel van toepassing op óf natuurlijke personen óf vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid vallen hier niet onder. Dit is wellicht een vergetelheid, eerder dan een bewuste keuze van de wetgever. Zo zijn de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid ook vergeten in de KBO-Wet; dat neemt niet weg dat ze kunnen worden ingeschreven en een rechtspersonnummer krijgen als ze onderworpen zijn aan BTW of RSZ.

Onder de huidige tekst van de wet kan een V.O.F. (met burgerlijk of commercieel doel) daardoor wél een beroep doen op de WCO terwijl een maatschap (ongeacht de aard van het doel) dit niet kan doen.

Ook voor dit verschil in behandeling is er geen pertinent criterium. Er is immers een zeer grote equivalentie tussen de vermogensrechtelijke en procesrechtelijke gevolgen van de techniek van de onvolkomen rechtspersoon (V.O.F.) en de onverdeelde boedel (maatschap)<sup>(24)</sup>. In beide vennootschapsvormen is er onbeperkte aansprakelijkheid; een preferent verhaal van de vennootschapsschuldeisers op de gemeenschappelijke goederen; een onmogelijkheid voor de vennoten om voor eigen rekening te beschikken over deze goederen; een onmogelijkheid voor de vennoten om anders dan onder vennootschapsverband in rechte de belangen van de vennootschap af te dwingen; etc.

Het enige wezenlijke verschil tussen de V.O.F. en de maatschap is dat de V.O.F. gebruik kan (en moet) maken van het vennootschapsrechtelijk publiciteitsstelsel van neerlegging ter griffie en publicatie in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad*. Hierdoor is de V.O.F. een meer “zekere” toerekeningspunt voor rechten en verplichtingen, zonder dat er naar de gezamenlijke vennoten dient te worden verwezen<sup>(25)</sup>. Dit onderscheid is echter niet van die aard om een verschil van behandeling op het vlak van toegang tot een gerechtelijke reorganisatie te verantwoorden.

Men zou hiertegen kunnen inbrengen dat bij een maatschap de ondernemingsdaden worden toegerekend aan de maten. Dit betekent dat de maten zelf volgens de gewone regels een beroep kunnen doen op

22. Zie ook bv. P. VANLERSBERGHE, “Kooplieden en daden van koop-handel - Overzicht van rechtspraak (1988-1999)”, *TBH* 2001, 372.

23. Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

24. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als technieken*

*van vermogensafscheiding en vermogensovergang*, proefschrift Leuven, 2011, 323-324, nr. 450 en de verwijzingen daar.

25. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als technieken van vermogensafscheiding en vermogensovergang*, 332, nr. 461.

de voordelen van de WCO. Dit is echter niet van die aard om het verschil in behandeling goed te maken.

Eerst en vooral is het bovenstaande enkel juist in de hypothese dat de maten zelf een beroep kunnen doen op de WCO. Dit is in de huidige stand van het recht enkel het geval in een commerciële maatschap (waarbij de maten de hoedanigheid van handelaar krijgen) of een landbouwmaatschap (waarbij de maten de hoedanigheid van landbouwer krijgen). Zolang de discriminatie die we hoger in nr. 6 in het licht hebben gesteld niet is opgelost, is dit echter nog niet het geval voor burgerlijke maatschappen die geen landbouwdoel hebben.

Een fundamenteel bezwaar geldt voor alle maatschappen, ongeacht wat de aard van hun doel is. De ondernemingsactiviteiten zullen bij een maatschap immers vaak eigendom zijn van de maatschap (begrip : mede-eigendom tussen de maten). Hierdoor is een gerechtelijke reorganisatie op het niveau van individuele maten niet bruikbaar om een reorganisatie van de ondernemingsactiviteiten toe te laten. Individuele maten zijn op grond van art. 37 W.Venn. niet bevoegd om te beschikken over de onverdeelde goederen (in dit geval : de activa nodig voor de ondernemingsactiviteiten).

Een parallel verzoek tot gerechtelijke reorganisatie door elk van de maten is daarbij niet van die aard om hetzelfde resultaat te verkrijgen als een verzoek namens de maatschap (zo dit überhaupt mogelijk zou zijn onder de huidige procedure, want ook zulk parallel verzoek is niet gekend door de WCO en zou wat creativiteit vragen van de verzoekers en rechtbanken).

Ten eerste verhindert een parallel verzoek door elk van de maten dat de gewone regels inzake bestuur en vertegenwoordiging van de maatschap hun uitwerking krijgen (waardoor bv. door een zaakvoerder of bij meerderheidsbesluit een verzoek kan worden ingesteld). Zulk parallel verzoek zou dan ook veel omslachtiger zijn dan een verzoek namens de maatschap zelf en zou wellicht elke maat, hoe klein ook zijn aandeel of lidmaatschapsrechten, de macht geven om een verzoek te blokkeren.

Ten tweede kunnen er problemen rijzen van territoriale bevoegdheid. De rechtbank van koophandel die territoriaal bevoegd is, wordt bepaald door het rechtsgebied waarbinnen de schuldenaar op de dag van neerlegging zijn hoofdinrichting (natuurlijke personen) of zijn zetel (rechtspersonen) heeft (art. 631, § 2 Ger.W.). Het is bij een maatschap verre van altijd het geval dat de hoofdinrichting of de zetel van de afzonderlijke maten in hetzelfde rechtsgebied ligt. Bij een verzoek namens de maatschap zelf zou de territoriale bevoegdheid bepaald worden door de hoofd-inrichting van de maatschap zelf.

Ten derde is het aangewezen dat de materiële voorwaarden worden bepaald op het niveau van de maatschap en niet louter op het niveau van de afzonderlijke maten. Een bedreiging van de continuïteit van de activiteiten van de maatschap veronderstelt niet noodzakelijk dat de continuïteit van elk van de maten is bedreigd, zeker niet in een burgerlijke maatschap waar er een aansprakelijkheid voor gelijke delen geldt. Ook kunnen er in hoofde van één maat gronden aanwezig zijn die een verzoek in eigen naam (en dus ook een parallel verzoek) onmogelijk maken (zie art. 23, al. 4 WCO : beperkingen aan een verzoek uitgaand van een schuldenaar die minder dan drie jaar tevoren reeds het openen van een gerechtelijke reorganisatie heeft aangevraagd en verkregen). Indien het verzoek namens de maatschap zelf uit zou kunnen gaan, zou zulke grond in hoofde van een enkele maat niet automatisch een verzoek namens de maatschap beperken.

Er kan dan ook worden geargumenteed dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel meebrengt dat ook maatschappen onder het toepassingsgebied van de WCO zouden moeten vallen. Het argument gebaseerd op het al dan niet aanwezig zijn van een afgescheiden vermogen, dat de wetgever ten onrechte aanhaalde om landbouwers-natuurlijke personen uit te sluiten (zie randnr. 5), vormt wél een pertinent argument om de maatschap in te sluiten.

**8. Verdere gevolgen voor andere rechtspersonen.** Art. 3 WCO verwijst enkel naar de landbouwvennootschap en de “burgerlijke vennootschappen met handelsvorm” van art. 2, § 3 W.Venn. Een vennootschapsvorm met rechtspersoonlijkheid die hierdoor uit de boot valt, is het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV). Het EESV is, anders dan het ESV, niet in het W.Venn. geïntegreerd.

Een EESV met een burgerlijk doel valt dus niet onder het toepassingsgebied van de WCO, anders dan een ESV met een burgerlijk doel.

Een EESV met handelsdoel valt dan weer wél onder de WCO als “koopman”.

Tussen deze vormen (ESV en EESV; burgerlijke en commerciële EESV) bestaat er nochtans geen onderscheid dat een andere toepassing van de WCO verantwoordt<sup>(26)</sup>. Het betreft wellicht louter een vergetelheid van de wetgever, die op basis van de redenering in bovenstaand arrest zou kunnen worden aangevochten.

Ook voor VZW's en stichtingen met een economische activiteit - die traditioneel nooit als handelaar worden gekwalificeerd - kan de vraag gesteld worden of ze niet onder de WCO moeten vallen<sup>(27)</sup>. Op dit punt wordt hier verder niet ingegaan. Laten we ermee volstaan erop te wijzen dat er alvast voor de

26. Zie over de relativiteit van het onderscheid tussen het ESV en het EESV : K. GEENS en M. WYCKAERT, *De Vennootschap. Algemeen Deel*, nr. 130.

27. Zie E. DIRIX, “De hoedanigheid van koopman in het insolventierecht”

in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 503, nr. 618 (vóór het geannoteerde arrest); zie ook de discussie omtrent de uitbreiding van de Wet Gerechtelijk Akkoord bij A. ZENNER, *Depistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, nr. 244.

toepassing van de Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming ("WMPC") niet langer discussie bestaat over het feit dat een VZW of stichting een "onderneming" in de zin van deze wet kan vormen<sup>(28)</sup>. Het volstaat daarvoor dat de rechtspersoon op duurzame wijze een economisch doel nastreeft.

Dezelfde vraag kan ook worden gesteld met betrekking tot publiekrechtelijke rechtspersonen die een ondernemingsactiviteit voeren en op grond van een wettelijke bepaling een burgerlijke karakter hebben, zelfs als ze daden van koophandel stellen. Zo hebben verbintenissen van Intergemeentelijke Samenwerkingsverbanden (IGS'en) met rechtspersoonlijkheid ongeschikt hun doelstellingen géén handelskarakter<sup>(29)</sup>. Handelingen van autonome overheidsbedrijven zoals Belgacom en de NMBS worden expliciet wél als daden van koophandel aangemerkt, maar worden aan het faillissementsrecht onttrokken<sup>(30)</sup>. Publiekrechtelijke rechtspersonen met een ondernemingsactiviteit vormen wel degelijk een bijzonder geval, althans toch in de mate die activiteit een "openbare dienst" uitmaakt. De vraag is echter of het onttrekken van deze ondernemingen aan het handelsrecht of het collectieve insolventierecht de beste of meest proportionele wijze is om de continuïteit van de openbare dienst te verzekeren<sup>(31)</sup>.

**9. Verdere gevolgen voor vrije beroepers - (i) wat is een "vrije beroeper" ?** Hiervóór hebben we discriminaties "door ommissie", nl. door het ontbreken van een wettelijke regeling (zgn. lacunes in de wetgeving, zie randnr. 3) besproken : ondernemingen die, al dan niet bewust, door de wetgever niet zijn opgenomen in het algemeen toepassingsgebied van de WCO in art. 3. Hieronder valt ook de uitsluiting van natuurlijke personen die een vrij beroep uitoefenen. Daarnaast is er ook de expliciete uitsluiting in art. 4, al. 1 van burgerlijke vennootschappen met een handelsvorm die de hoedanigheid hebben van een lid van een vrij beroep of waaronder de beoefenaars van een vrij beroep hun activiteit uitoefenen.

Voor de definitie van "vrij beroep" verwijst art. 4, al. 1 WCO naar art. 2, 1° van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen (BS 20 november 2002), hierna de 'Wet van 2 augustus 2002'. Deze wet bevat regels voor vrije beroepen die parallel - maar niet identiek (zie hierna nr. 11) - zijn aan de regels in de WMPC voor andere onder-

nemingen. "Vrij beroep" is in de Wet van 2 augustus 2002 negatief gedefinieerd als : elke zelfstandige beroepsactiviteit die dienstverlening of levering van goederen omvat welke (i) geen daad van koophandel is, (ii) geen ambachtsbedrijvigheid is en (iii) geen landbouwbedrijvigheid of veeteelt is<sup>(32)</sup>.

Dit is eigenaardig, want het toepassingsgebied wordt dan veel groter dan wat traditioneel onder een "vrij beroep" wordt begrepen. Als men deze definitie letterlijk neemt, zijn zelfstandige gebedsgenezers, wichelroedelopers of dames en heren van verdachte zeden óók vrije beroepen<sup>(33)</sup>. Met name elk zgn. intellectueel beroep dat niet in de limitatieve lijst van handelsdaden van art. 2-3 W.Kh. wordt opgesomd zou hiermee onder "vrij beroep" vallen, ook beroepen die helemaal geen tuchtorgaan, deontologie of beroepsgeheim kennen.

Een andere, iets betere, definitie staat in art. 2, 2° WMPC (2010), dat intussen werd vernietigd door het Grondwettelijk Hof (zie hierna nr. 11). In dit artikel wordt een beoefenaar van een vrij beroep gedefinieerd als : "elke onderneming die geen koopman is in de zin van art. 1 W.Kh. en die onderworpen is aan een bij wet opgericht tuchtorgaan". Deze vrije beroepers worden uitgesloten van het toepassingsgebied van de WMPC. Een bijzonder geval zijn tandartsen en kinesisten : zij vallen wegens de afwezigheid van een bij wet opgericht tuchtorgaan niet onder de definitie van art. 2, 2° WMPC, maar worden op grond van art. 3, § 2 WMPC toch van het toepassingsgebied uitgesloten<sup>(34)</sup>. Ook dit artikel werd intussen vernietigd (zie hierna nr. 11).

De logica was dat de uitsluiting van vrije beroepers van het toepassingsgebied van de WMPC en het toepassingsgebied van de Wet van 2 augustus 2002 (de uitzonderingswet op de WMPC) naadloos op mekaar afgestemd zijn. Door een verschillende definitie in beide wetten was dit echter nooit het geval<sup>(35)</sup>.

In alle definities, ook die van art. 2, 2° WMPC, is er nog een andere eigenaardigheid. De beoefenaar van het vrije beroep wordt negatief gedefinieerd door te verwijzen naar, onder meer, het begrip handelaar. Bij de jurisprudentiële toepassing van het begrip handelaar worden sommige beroepen dan weer uitgesloten omdat ze als vrij beroep worden gekwalificeerd<sup>(36)</sup>. Dit wordt bevestigd in de hierna in nr. 11 besproken arresten van het Grondwettelijk Hof van 6 april 2011 en 9 juli 2013. Het Hof stelt in deze arresten expliciet dat de hoedanigheid van beoefenaar van vrij beroep

28. M. DENEFF, "De VZW : nooit handelaar, ooit verkoper en steeds onderneming?" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 326, nr. 385; J. STUYCK, *Handelspraktijken in Handels- en Economisch Recht*, 2.A, Mechelen, Kluwer, 2013, 52, nr. 34.  
29. Art. 11 Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, BS 31 oktober 2001.  
30. Art. 8 Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, BS 27 maart 1991.  
31. Zie o.a. B. PEETERS, "De uitvoeringsimmunitet van de overheid tegen gedwongen uitvoering" in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 464.  
32. K. GEENS, "De plaats van het vrij beroep in het ondernemings- en markt-

recht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 302, nr. 358.  
33. In het appartementsrecht bestaat trouwens een heel contentieux omtrent de vraag of prostitutie valt onder een exceptie voor vrije beroepen in reglementen die een 'burgerlijk gebruik' voorschrijven; zie R. TIMMERMANS, "Barre tijden voor flatprostituees", *T.App.* 1998, afl. 3, 7-11.  
34. E. TERRY, "Codificatie in het economisch recht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, deel I, A, 43, nr. 32.  
35. K. GEENS, "De plaats van het vrij beroep in het ondernemings- en marktrecht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 302, nr. 358.  
36. K. GEENS, "De plaats van het vrij beroep in het ondernemings- en marktrecht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 303, nr. 360.

(in de zin van de WMPC) niet uitsluit dat deze vrije beroeper daden stelt die als daden van koophandel zijn aan te merken. Daarmee lijkt de verwarring compleet : vrije beroepers worden negatief gedefinieerd als niet-handelaars; maar de daden die vrije beroepers mogen stellen, omvatten daden van koophandel. Dit betekent dat de definitie van handelaar op zijn beurt impliciet negatief verwijst naar vrije beroepers : sommige daden zijn geen daden van koophandel enkel omdat ze in het kader van een vrij beroep worden gesteld<sup>(37)</sup>. Wie wil weten wat een beoefenaar van een vrij beroep is, wordt dus verwezen naar het begrip handelaar; wie dan wil weten wat een handelaar is, wordt verwezen naar het begrip vrij beroep.

Het is hier niet de plaats om de warwinkel in de bepaling van het vrij beroep op te lossen. Laten we ermee volstaan dat de soms verwarrende omschrijving er (mee) toe bijdraagt dat dit een weinig pertinent criterium is als aanknopingspunt voor rechtsgevolgen die sterk verschillen van andere ondernemingen.

**10. Verdere gevolgen voor vrije beroepers - (ii) is een botte uitsluiting voor vrije beroepers verantwoord ?** Veel belangrijker nog dan de onzekerheid omtrent het bereik van de uitsluiting van vrije beroepen, is echter dat ook voor traditionele beroepen, waar er geen twijfel over kan bestaan over hun kwalificatie (advocaten, artsen, bedrijfsrevisoren, accountants,...), de redenering van het geannoteerde arrest moet worden doorgetrokken<sup>(38)</sup>.

Ook natuurlijke personen, rechtspersonen of maatschappen die een vrij beroep uitoefenen, zijn “ondernemingen” in de hierboven aangegeven zin, met ondernemingsactiviteiten waarvan de continuïteit verdient door een gerechtelijke reorganisatie te kunnen worden gevrijwaard. Zelfs op vlak van overdraagbaarheid van het cliëntèle lijken vrije beroepers vaak meer op een “handelsfonds” dan traditioneel wordt voorgehouden<sup>(39)</sup>.

De definitie van “beoefenaar van vrij beroep” in art. 2, 2° WMPC verwijst overigens expliciet naar het begrip “onderneming”, waarvan het vrij beroep een deelverzameling is.

De uitsluiting van vrije beroepers uit de WCO wordt in de parlementaire voorbereiding verdedigd met een dubbele argumentatie<sup>(40)</sup>.

Eenzijds wordt gesteld dat tuchtregeling ook een deel financiële controle omvat. Het hoeft nochtans

nauwelijks betoog dat financiële controle door tucht-overheden, zo die er al is, geen alternatief vormt voor de WCO. Misschien - zeer misschien - vormt dit een alternatief voor het luik handelonderzoeken, maar tuchtoverheden kunnen geenszins de doelstellingen van een gerechtelijke reorganisatie bewerkstelligen; ze missen daartoe overigens bevoegdheden t.a.v. de schuldeisers van hun leden.

Anderzijds is er de vrees voor ongewenste interferenties tussen de gerechtelijke reorganisatie en de deontologische regels of de bescherming van het beroepsgeheim<sup>(41)</sup>.

Ook deze argumentatie overtuigt niet<sup>(42)</sup>. Er wordt op geen enkele wijze concreet aangetoond in welke mate een gerechtelijke reorganisatie kan interfereren met de deontologische regels of het beroepsgeheim. Zo kunnen mogelijke bezwaren m.b.t. de persoon van de gerechtsmandataris wellicht worden opgevangen door een regel dat bij vrije beroepen zulke persoon ook de hoedanigheid van een vrij beroeper moet hebben.

De parlementaire voorbereiding verwerpt gedifferentieerde regels voor vrije beroepen nogal snel door te stellen dat dit “bedenkkelijk had kunnen lijken op gebied van de gelijkheid”<sup>(43)</sup>. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel verzet zich nochtans niet tegen een gedifferentieerde behandeling van verschillende situaties indien dit is verantwoord; meer nog : soms is het vereist dat ongelijke situaties ongelijk worden behandeld.

Door deze verantwoording geeft de wetgever wel zelf toe dat een meer proportionele gedifferentieerde regeling mogelijk is om tegemoet te komen aan bijzondere vereisten van vrije beroepen. Gedifferentieerde regels zijn daarbij een ongelijke behandeling die meer evenredig is (“proportioneel”) dan een botte uitsluiting van vrije beroepen<sup>(44)</sup>.

Bovendien is de definitie van “vrij beroep” voor de doeleinden van uitsluiting uit de WCO ruimer dan enkel beroepen met een tuchtorgaan, deontologie en/of beroepsgeheim waarvoor deze doelstellingen zouden kunnen gelden (hoger nr. 9). De lobby van de zgn. intellectuele en vrije beroepen lijkt twee tegenstrijdige doelstellingen tegelijk te willen realiseren<sup>(45)</sup>. Enerzijds wil ze haar achterban een *status aparte* geven met deontologische verplichtingen als argument; anderzijds wil ze die *status aparte* open-trekken tot beroepsgroepen waarvoor die verant-

37. Zie reeds K. GEENS, “De plaats van het vrij beroep in het ondernemings- en marktrecht” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 303, nr. 360.  
38. Zo ook M.E. STORME, *Dikè, Hydra, Zeno in het insolventierecht in Acta Falconis*, II, Antwerpen, Intersentia, 2013, 29, nr. 20.  
39. A. JAUFFRET, “L’extension du droit commercial à des activités traditionnellement civiles” in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, II, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1979, 74-75.  
40. *Parl.St.* Kamer, Doc. 52 0160/0002, 46 en 47.  
41. M. TISON en I. VEROUGSTRAETE, “Conceptuele zwaartepunten van de Wet Continuïteit Ondernemingen” in *Gerechtelijke reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, 17, nr. 28.  
42. Zie reeds m.b.t. het faillissement S. FREDERICQ, *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, 346, nr. 300.

43. *Parl.St.* Kamer, Doc. 52, 0160/0002, 46 en 47.  
44. Recent werden overigens enkele voorstellen gedaan voor een gedifferentieerde regeling in de landbouwsector; zie o.a. *Parl.St.* Kamer, Doc. 53 - 2737/001, Wetsvoorstel betreffende de collectieve procedures tot behoud van de landbouwbedrijven en de werkgelegenheid in de landbouwsector.  
45. Zie over de campagne van de belangenvereniging van intellectuele en vrije beroepen voor een apart regime inzake handelspraktijken de rake opmerkingen bij H. SWENNEN, “De KMO in het handelsrecht en het economisch recht” in *Regelgeving op maat van KMO's*, M. VANMEENEN en K. RENIERS, Antwerpen, Intersentia, ter perse, nr. 79-84 en nr. 92.

woording niet geldt. Daarmee dreigt in het ondernemingsrecht een onderscheid tussen zgn. intellectuele en andere beroepen aan belang te winnen, op een ogenblik dat het arbeidsrecht ermee worstelt om deze als versleten en onwenselijk ervaren tweespalt af te schaffen<sup>(46)</sup>.

**11. Verdere gevolgen voor vrije beroepers - (iii) analogie met de WMPC-arresten van het Grondwettelijk Hof.** Interessant is dat in een andere context het Grondwettelijk Hof een verschil in behandeling tussen vrije beroepers en andere ondernemingen, nl. de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de WMPC en de toepassingen van de lichtere parallelwet van 2 augustus 2002, als een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel heeft beschouwd. In een arrest van 6 april 2011 (arrest nr. 55/2011) stelde het Grondwettelijk Hof dat dit het gelijkheidsbeginsel schendt<sup>(47)</sup>. De parallelwet van 2 augustus 2002 is immers niet evenwaardig aan de WMPC, omdat ze geen algemene regeling over handelspraktijken oplegt. In een later gelijkluidend arrest, op een vernietigingsberoep, van 9 juli 2013 (arrest 99/2013) heeft het Grondwettelijk Hof art. 2, 2° WMPC (definitie vrij beroep) en art. 3, § 2 WMPC (uitsluiting vrije beroepers, tandartsen en kinesisten) vernietigd<sup>(48)</sup>.

De motivering van deze arresten benadrukt de gelijkstelling van beoefenaars van vrije beroepen met andere ondernemingen<sup>(49)</sup>:

“Ten aanzien van de bescherming van de consument bevinden de beoefenaars van een vrij beroep en de andere ondernemingen zich in voldoende vergelijkbare situaties, aangezien zij beiden in de eerste plaats beogen beroepsmatig te voorzien in hun levensonderhoud. Beide categorieën streven hun economisch doel alleen of in een associatie in de rechtsvorm van een vennootschap na. Beide categorieën dragen de aan de uitoefening van die activiteiten verbonden financiële risico's, omdat zij in geval van een verschil tussen uitgaven en inkomsten zelf het tekort dienen te dragen.

Hoewel de beoefenaars van vrije beroepen zich doorgaans beperken of krachtens hun deontologische codes dienen te beperken tot het leveren van intellectuele diensten, komt het eveneens voor dat zij daden stellen die als daden van koophandel zijn aan te merken. Omgekeerd bestaat de duurzame economische activiteit van verscheidene ondernemingen die geen beoefenaars van een vrij beroep zijn, erin intellectuele diensten aan te bieden.”

Wat het Hof hier oordeelt ten aanzien van de bescherming van de consument, geldt naar onze mening evenzeer voor een collectieve insolventieprocedure zoals de WCO.

Ook in de WMPC-arresten stelt het Grondwettelijk Hof het belang van een eigen deontologie of zelfs een bij wet opgericht tuchtorgaan in vraag:

“Zelfs in de mate waarin die kenmerken en waarden verschillen van die van de ondernemingen die niet onder de definitie van het “vrij beroep” vallen, verantwoordt zij niet dat voor bepaalde door beoefenaars van vrije beroepen verrichte daden niet dezelfde bescherming van de consument en van de concurrent bestaat als onder de WMPC. Er wordt niet aangetoond op welke wijze de algemene toepasselijkheid van de WMPC de voormelde kenmerken en waarden in het gedrang zou kunnen brengen.”

Het *Sonderregime* voor vrije beroepen inzake handelspraktijken schond niet enkel het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, maar ook de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Die Richtlijn maakt immers geen onderscheid tussen vrije beroepers en andere ondernemingen. De lichtere parallelwet van 2 augustus 2002 past daarom ten onrechte niet alle richtlijnverplichtingen toe op vrije beroepers<sup>(50)</sup>.

Men zou kunnen denken dat dit het voor het Grondwettelijk Hof gemakkelijker maakte om hier een schending te vinden en dat dit daardoor geen “precedent” vormt voor het insolventierecht.

Dit is echter niet het geval.

De redenering van het Grondwettelijk Hof bouwt immers niet voort op de Richtlijn; het belang ervan overstijgt dan ook het toepassingsgebied van de WMPC<sup>(51)</sup>. Zelfs wat de WMPC betreft, zijn de gevolgen van de genoemde arresten bovendien ruimer dan noodzakelijk is om tot een conformiteit met de Richtlijn te komen<sup>(52)</sup>.

De redenering in de WMPC-arresten van het Grondwettelijk Hof kan dus niet worden “geminimaliseerd” als louter een toepassing van de primauteit van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, die niet van toepassing zou zijn in andere materies. Deze arresten moeten ook in rekening worden gebracht bij de toetsing van het toepassingsgebied van collectieve insolventieprocedures.

46. Zie daarover J. VANPRAET, “De gelijkschakeling van arbeiders en bedienden: de gevolgen van het arrest nr. 125/2011 van het Grondwettelijk Hof voor de wetgever en de rechter” in *De IPA-wet en het Belgische ontslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 9-28.

47. GwH 6 april 2011, nr. 55/2011; zie ook GwH 15 december 2011, nr. 192/2011.

48. GwH 9 juli 2013, nr. 99/2013.

49. Zie bv. in dezelfde zin: wetsvoorstel van 12 oktober 2011, *Parl.St.* Kamer 53, nr. 1790/01.

50. E. TERRY, “Codificatie in het economisch recht” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, deel I, A, 44, nr. 32; D. MERTENS, “Mag de vrije beroepsbeoefenaar eindelijk gewoon ‘onderneming’ heten?”, *RW* 2011-12, 908, nr. 4; J. STUYCK, *Handelspraktijken*, 49, nr. 32.

51. P. BRULEZ, “De vrije beroepsbeoefenaar als onderneming: het traditionele ondernemingsbegrip onder druk”, *DAOR* 2011, 453.

52. Zie hierover P. BRULEZ, “De vrije beroepsbeoefenaar als onderneming: het traditionele ondernemingsbegrip onder druk”, *DAOR* 2011, 457-458.

**12. De keerzijde van de medaille : het faillissement.** Het faillissement is wellicht het domein waarop het onderscheid tussen handelaars en andere ondernemingen zich nog het scherpst laat gevoelen<sup>(53)</sup>. Enkel kooplieden kunnen failliet worden verklaard (art. 2 Faill.W.). Dit geldt ook voor vennootschappen met rechtspersoonlijkheid ("handelsvorm") met een burgerlijk doel, die zoals gezegd sinds 2009 wel onder de WCO vallen (of toch de meeste; zie nr. 8).

De vraag rijst waarom burgerlijke vennootschappen met een handelsvorm en landbouwvennootschappen wel de voordelen krijgen van het collectief insolventierecht (WCO) zonder de nadelen daarvan (faillissement)<sup>(54)</sup>. Dient de onderneming niet de bluts met de buil te nemen?

Het verschil in toepassingsgebied van beide procedures zou alvast kunnen verklaren waarom een landbouwer-natuurlijke persoon liever naar het Grondwettelijk Hof trekt dan, wellicht eenvoudiger, aan te tonen dat hij een handelaar is (zie hoger nr. 2). Deze strategie laat toe de voordelen van de WCO te genieten, en toch te ontsnappen aan de nadelen van het faillissement.

Vermoedelijk is dit ook de reden voor de (op het eerste gezicht onverklaarbare) ijver waarmee de belangenorganisaties van vrije beroepers sterk hebben gelobbyd voor de uitsluiting van vrije beroepen uit de WCO. Wellicht zagen ook deze organisaties in dat het onhoudbaar zou zijn om te blijven argumenteren dat het vrije beroep ontsnapt aan de verplichtingen van het handelsrecht (inclusief het faillissementsrecht), als ze wel de voordelen van de gerechtelijke reorganisatie zouden kunnen plukken.

Het Grondwettelijk Hof heeft zich over de uitsluiting van niet-handelaars van het faillissement o.a. uitgesproken in een arrest van 12 mei 2004 : "Het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen de handelaars en de personen welke niet die hoedanigheid hebben, berust op een objectief criterium en is niet verstoken van relevantie ten aanzien van het nagestreefde doel. De insolventie van een handelaar brengt immers, ten aanzien van de economie in het algemeen en de onderlinge afhankelijkheid van de commerciële

belangen, gevolgen teweeg die verschillen van die welke worden teweeggebracht door de staking van betaling van een gewone schuldenaar"<sup>(55)</sup>.

Deze redenering kan gevolgd worden voor een onderscheid tussen schuldenaren die een onderneming voeren en andere schuldenaren<sup>(56)</sup>. In het betrokken arrest was het onderscheid aan de orde tussen het faillissement van een handelaar-natuurlijke persoon en de collectieve schuldenregeling van een natuurlijke persoon die geen onderneming voerde.

Het arrest van 12 mei 2004 zegt dan ook niets over het onderscheid tussen natuurlijke personen die een commerciële onderneming en zij die een burgerlijke onderneming voeren. En dat laatste is de discriminatie die we hier aan de orde stellen : het handelaarslabel, en dus het faillissement, strekt zich niet uit tot alle ondernemingen, maar is beperkt tot die ondernemingen die hoofdzakelijk of aanvullend handelsdaden stellen in de zin van art. 2-3 W.Kh. Dit sluit heel wat ondernemingen met een burgerlijk karakter uit, die nochtans ook belangrijk zijn ten aanzien van de economie in het algemeen en de onderlinge afhankelijkheid van de commerciële belangen. Ook ondernemingen die geen handelaar zijn in de zin van art. 1 W.Kh., zijn wel "commercieel" in de gewoonlijke betekenis van dit woord in het maatschappelijk verkeer.

Het onderscheid tussen burgerlijke en commerciële ondernemingen is een objectief onderscheid, maar het valt moeilijk in te zien hoe dit onderscheid pertinent zou kunnen zijn. Dat de handelsdaden een versleten en weinig rationeel criterium vormen voor een aanknopingspunt van een bijzonder privaatrecht behoort al decennialang tot de verworvenheden van het ondernemingsrecht<sup>(57)</sup>. GEENS verwoordt een lang bestaande consensus als hij spreekt van een archaïsche opsomming<sup>(58)</sup>.

Nu het onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars in de WCO door de wetgever zelf werd opgegeven, zou het voor het Grondwettelijk Hof gemakkelijk moeten zijn om dit door te trekken naar het faillissement. Vooraanstaande commentatoren van de WCO zagen in art. 3 trouwens al de aanzet van een snelle modernisering van het toepassingsgebied van het ganse insolventierecht<sup>(59)</sup>.

53. E. DIRIX, "De hoedanigheid van koopman in het insolventierecht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 497, nr. 610.

54. Waarmee niet gezegd is dat een gerechtelijke reorganisatie enkel voordelen en een faillissement enkel nadelen biedt voor een schuldenaar. Zie de nuanceringen in nr. 4 en nr. 13.

55. Arbitragehof 12 mei 2004, nr. 83/2004, *RW* 2004-05,506, *DCCR* 2005, afl. 69, 55, noot B. De GROOTE, "De niet-kwijtscheldbaarheid van de faillissementsschulden van de niet-verschoonbaar verklaarde gefailleerde". Zie ook reeds Arbitragehof 13 december 2000, nr. 132/2000.

56. E. DIRIX, "De hoedanigheid van koopman in het insolventierecht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 508, nr. 622; I. VEROUGSTRAETE, "Insolvabiliteit en zekerheden" in *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, 241, nr. 2; zie ook B. WESSELS, "Europe deserves a new approach to insolvency proceedings" in *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, 270.

57. Zie recent, *ex multis*, W. VAN GERVEN, *Handels- en Economisch recht*, I, A, 1989, 69-71, nr. 54, A. PUTTEMANS, "Le champ de la commercialité" in *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, 55, nr. 29; T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS en

N. THIRION, *Droit de l'entreprise* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2012, 153, nr 197; E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 7, nr. 10; H. DEWULF, E. TERRYEN en B. KEIRSBILCK, "Overzicht van rechtspraak handelsrecht en handelspraktijken (2003-2010)", *TPR* 2011, 936-937, K. BYTTEBIER, "Onderzoek naar de criteria ter afbakening van de vennootschappen" in *Liber amicorum Y. Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 413 e.v. en K. GEENS, V. COLAERT, F. HELLEMANS, B. KEIRSBILCK, E. TERRYEN en J. VANANROYE, *Handels-, vennootschaps- en economisch recht*, 21, nr. 50 e.v.

58. K. GEENS, "De plaats van het vrij beroep in het ondernemings- en marktrecht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, nr. 360, 304.

59. M. TISON en I. VEROUGSTRAETE, "Conceptuele zwaartepunten van de Wet Continuïteit Ondernemingen" in *Gerechtigde reorganisatie : getest, gewikt en gewogen*, 17, nr. 28; E. DIRIX, "De hoedanigheid van koopman in het insolventierecht" in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 503, nr. 618.



Het weinig pertinent karakter van het onderscheid tussen burgerlijke en commerciële ondernemingen wordt nog benadrukt door enkele eigenaardigheden van ons recht, specifiek voor rechtspersonen. Zo wordt door een belangrijk deel van de rechtsleer aangenomen dat de kwalificatie als handelaar bij een vennootschap met rechtspersoonlijkheid afhangt van het gepubliceerde statutaire doel, zelfs indien dit verschilt van het werkelijke uitgeoefende doel<sup>(60)</sup>. Dit komt er bijna op neer dat een vennootschap met een feitelijke handelsactiviteit, louter door een fictief doel in de statuten te schrijven, zich kan onttrekken aan de dwingende bepalingen van het handelsrecht (inclusief het faillissementsrecht). Bepaalde rechtspersonen worden van rechtswege onttrokken aan het handelsrecht, zoals VZW's en stichtingen, zelfs wanneer ze significante handelsactiviteiten stellen<sup>(61)</sup>. Voor vennootschappen met een sociaal oogmerk geldt omgekeerd dan weer dat dit oogmerk géén afbreuk doet aan het handelskarakter (art. 3, § 3 W.Venn.).

**13. Geen aan het faillissement evenwaardig alternatief voor burgerlijke ondernemingen.** De uitsluiting uit het faillissement van burgerlijke ondernemingen rijpt vooral omdat er voor burgerlijke ondernemingen geen gelijkwaardige procedure bestaat. We bekijken dit achtereenvolgens kort voor respectievelijk burgerlijke vennootschappen en voor ondernemingen-natuurlijke personen.

Voor de burgerlijke vennootschap met een handelsvorm zou men kunnen aanbrengen dat er voor deze vennootschappen een aan het faillissement equivalente collectieve procedure bestaat onder de vorm van de gerechtelijke ontbinding van vennootschappen. Met name de wetgever van 2009 denkt in die zin door in de WCO faillissement en gerechtelijke ontbinding herhaaldelijk in één adem te noemen (bv. art. 41, § 2 voor het geval van voortijdige beëindiging).

Een vereffening na een gerechtelijke ontbinding biedt echter niet dezelfde waarborgen als een faillissement. Over het initiatiefrecht van schuldeisers bestaat onzekerheid<sup>(62)</sup>. De persoon van en de ambtsvervulling door een vereffenaar is niet met dezelfde waarborgen omgeven als die van een curator<sup>(63)</sup>. Belangrijker nog is dat een vereffenaar, ook door de rechtbank aangesteld, niet dezelfde bevoegdheden heeft als een curator, zoals bv. de faillissementspauliana of de aansprakelijkheidsgronden in het W.Venn., die enkel bij faillissement kunnen worden ingesteld (bv. wegens kennelijk ontoereikend kapitaal of de bijzondere faillise-

mentsaansprakelijkheid wegens een kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement)<sup>(64)</sup>.

Een vereffening van een rechtspersoon is in ieder geval geen aan het faillissement equivalente collectieve procedure voor de burgerlijke onderneming-natuurlijk persoon, wat na het geannoteerde arrest relevant werd voor de landbouwer-natuurlijke persoon. De collectieve schuldenregeling is dit zeker niet, al was het om te beginnen maar omdat schuldeisers hier geen initiatiefrecht hebben.

Dit brengt ons tot een nieuwe discriminatie die... wordt *veroorzaakt* door bovenstaand arrest en de corresponderende wijziging van de WCO, indien er ook niet meteen wordt gesleuteld aan het toepassingsgebied van het faillissement. De collectieve schuldenregeling staat immers open voor natuurlijke personen die geen handelaar zijn (art. 1675/2, al. 1 Ger.W.). Dit betekent dat een landbouwer-natuurlijke persoon na bovenstaand arrest de keuze heeft tussen een gerechtelijke reorganisatie in de zin van de WCO en een collectieve schuldenregeling (zie ook overweging B.8 van het geannoteerde arrest).

Een handelaar-natuurlijke persoon heeft deze mogelijkheid tot *procedureshopping* niet. Vanuit de filosofie van het geannoteerde arrest is deze discriminatie niet verdedigbaar. Dit kan o.i. enkel proper worden opgelost door ook de burgerlijke onderneming/natuurlijke persoon te onderwerpen aan de Faillissementswet en uit te sluiten van de collectieve schuldenregeling.

Wellicht zal de uitbreiding van het toepassingsgebied van de faillissementsprocedure nog het moeilijkst zijn voor beoefenaars van vrije beroepen. Al in 1957 schreef Simon FREDERICQ in dit verband : "De kracht van de overlevering en de moeilijkheid om een bestaande toestand te wijzigen, zelfs zo deze onlogisch en onverdedigbaar is, vormen de voornaamste hinderpaal voor gelijk welke juridische hervorming"<sup>(65)</sup>. Het komt ons echter voor dat de beperkte wijziging van 2009 ook hier de *esprit de routine* heeft weggehaald en dat met het geannoteerde arrest ook de weg is ingezet naar een meer rationeel toepassingsgebied van de Faillissementswet.

Overigens is het nog maar de vraag of burgerlijke ondernemingen angst moeten hebben van de toepassing van het faillissement. De tijd van een repressief faillissementsrecht (*la faillite sanction*) is ondertussen toch ook al even verlaten<sup>(66)</sup>. Het faillissement is voor

60. Zie o.a. T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, 240, nr. 291; K. BYTTEBIER, "Onderzoek naar de criteria ter afbakening van de vennootschappen" in *Liber amicorum Y. Merckiers*, 413; H. DEWULF, E. TERRYEN en B. KEIRSBLICK, "Overzicht van rechtspraak handelsrecht en handelspraktijken (2003-2010)", *TPR* 2011, 936-937; zie, n.a.v. Cass 4 oktober 2001, anders J. VANANROYE, "Het geschreven statutair doel, de feitelijke activiteit en het handelaarschap van een vennootschap", *RW* 2001-02, 983-987.  
61. M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2004, 429.  
62. Zie D. VAN GERVEN, "De ontbinding van de CVBA wegens wettige redenen. Enkel op vraag van een vennoot", *TRV* 2012, 231-232. *Addé* Cass. 23 september 2013 (Nr. S.12.0130.N) : enkel de vennoten kunnen de ontbinding om wettige redenen van een coöperatieve ven-

nootschap vorderen.  
63. J. VANANROYE, "Kwaliteitscontrole op de vereffening : tijd voor een verandering van focus", *TRV* 2011, 529.  
64. Zie o.a. R. TAS en J. VANANROYE, "Stottert de vereffeningswetgever?" in *Overzicht nieuwe wetgeving vennootschappen 2007-2011*, Antwerpen, Biblo, 2011, 261-266.  
65. S. FREDERICQ, *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, 342, nr. 296. De beschouwingen in dit proefschrift zijn, helaas, nog altijd zeer actueel.  
66. H. COUSY, "Paradigmawijzigingen in het insolventierecht" in *Liber amicorum E. Wymeersch*, 283 e.v.; I. VEROUGSTRAETE, "Insolvabiliteit en zekerheden" in *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, 245, nr. 8.

de schuldenaar op vele vlakken zelfs een voordeliger regime dan de collectieve schuldenregeling<sup>(67)</sup>.

Belangrijker dan de belangen van de schuldenaar zijn echter de belangen van zijn schuldeisers en anderen betrokken bij de onderneming (zoals werknemers). Het alternatief voor het faillissement is immers een wanordelijke en langzame “liquidatie” door opeenvolgende beslagen. Het faillissementsrecht regelt het verhaal van de schuldeisers op een ordelijke wijze. De uitwinning zal veel minder afhangen van het individuele initiatief van de afzonderlijke schuldeisers, maar bestaat uit een “collectief beslag” ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers die vertegenwoordigd worden door een neutrale en gespecialiseerde bewindvoerder, de curator, aangesteld door de rechtbank in het faillissementsvonnis. Het “collectief beslag” door het faillissementsvonnis treft ook alle activa van de onderneming tegelijkertijd (samen met persoonlijke activa van de gefailleerde). Dit laat toe, waar dit de curator nuttig en mogelijk lijkt, om alle of een gedeelte van deze activa als een geheel te verkopen en op die manier de *going concern*-waarde van een (stuk) van de handelszaak zo veel als mogelijk te bewaren. Ook het faillissement is daarmee, net als een gerechtelijke reorganisatie, sterk gericht op het behoud van de continuïteit van de activiteiten van een onderneming (al zullen die activiteiten dan wel van eigenaar veranderen)<sup>(68)</sup>.

Ook de schuldeisers (en andere stakeholders) van een niet-commerciële onderneming verdienen deze voordelen. Wat de befaamde Luikse commercialist Charley DEL MARMOL in 1936 schreef is nog altijd correct : “les créanciers chirographaires du débiteur civil sont, en effet, sur un pied d'inégalité injustifiable”<sup>(69)</sup>.

**14. Perspectieven voor verder rechterlijk en wetgevend optreden.** Hiervoor hebben we geargumenteed dat de redenering van het geannoteerde arrest meebrengt dat ook in de toekomst nieuwe schendingen van het gelijkheidsbeginsel kunnen worden aangepakt door het Grondwettelijk Hof in het toepassingsgebied van collectieve insolventieprocedures. Wat zouden hiervan de gevolgen zijn ?

Ten eerste moet een onderscheid worden gemaakt tussen arresten van het Grondwettelijk Hof waarbij wordt beslist dat de grondwetsschending zich situeert in het *bestaan* van een bepaalde regeling en arresten waarbij de schending zich situeert in het *ontbreken* van een bepaalde regeling. Deze laatste zijn de zgn. lacunes in de wetgeving. De oplossing die het

Grondwettelijk Hof in beide gevallen naar voren brengt, verschilt.

In het eerste geval (bv. de WMPC die niet van toepassing is op beoefenaars van een vrij beroep, zie nr. 11) stelt het Hof zich veelal tevreden met een buiten-toepassingverklaring (prejudiciële vraag) of vernietiging (vernietigingsberoep). In het tweede geval (bv. het ontbreken van de mogelijkheid voor landbouwers-natuurlijke personen om een beroep te doen op de WCO-regeling, zie nr. 3) zal het Hof dikwijls aan de verwijzende rechter vragen om een regeling “buiten de wet om” toe te passen die het toepassingsgebied van de regel uitbreidt ten dienste van het gelijkheidsbeginsel (cf. overweging B.11 van het geannoteerde arrest : het staat aan de verwijzende rechter om art. 3 WCO zo toe te passen *alsof* deze *wél* van toepassing is op landbouwers-natuurlijke personen).

Deze laatste categorie is ongetwijfeld veel verregaander, en tast de limieten van de rechterlijke rechtsvinding af.

Ten tweede moet er onderscheid gemaakt worden naargelang de aard van het contentieux.

Arresten die het Hof velt in het vernietigingscontentieux hebben een gezag van gewijsde *erga omnes*, zodat de vernietigde bepaling wordt geacht nooit te hebben bestaan<sup>(70)</sup>. Indien bv. de uitzondering voor vrije beroepers waarvan sprake in art. 4 WCO wordt vernietigd, heeft dat tot gevolg dat de WCO-wetgeving vanaf dat ogenblik *ook* moet worden toegepast op vennootschappen met rechtspersoonlijkheid die een vrij beroep uitoefenen. Een dergelijke oplossing is al bij al nog relatief helder en pragmatisch<sup>(71)</sup>.

Anders is het echter indien de arresten worden uitgesproken in het prejudiciële contentieux. In dat geval hebben de arresten géén werking *erga omnes*<sup>(72)</sup>. De verwijzende rechter moet, samen met elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, zich voegen naar het arrest van het Grondwettelijk Hof. Rechtscolleges waarvoor dezelfde grondwettigheidsvraag wordt opgeworpen, dienen zich in de regel te voegen naar de oplossing van het Grondwettelijk Hof in een vraag met hetzelfde onderwerp. Ze zijn echter altijd vrij een nieuwe prejudiciële vraag tot het Hof te richten, indien ze de interpretatie van het Grondwettelijk Hof in vraag stellen<sup>(73)</sup>. Dit geeft vermoedelijk opnieuw aanleiding tot talloze betwistingen en nieuwe prejudiciële vraagstellingen.

67. Zie E. DIRIX, “De hoedanigheid van koopman in het insolventierecht” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, 500, nr. 616.

68. K. GEENS, V. COLAERT, F. HELLEMANS, B. KEIRSBILCK, E. TERRYIN en J. VANANROYE, *Handels-, vennootschaps- en economisch recht*, 388-389, nr. 960.

69. C. DEL MARMOL, *La faillite en droit anglo-saxon*, proefschrift Lyon, Brussel, Bruylant, 1936, 383, nr. 394.

70. Zie bv. GwH 16 december 1986, nr. 30; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage : une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 195.

71. Voor een kritiek zie echter K.-J. VANDORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever? Een positieve evolutietheorie*, Gent, masterproef

(onuitgeg.), 2010, 131 p.

72. Zie art. 28 BWGH. Toch gaat de draagwijdte van prejudiciële arresten verder dan een werking tussen partijen (verruimde *inter partes* werking). Het Grondwettelijk Hof zelf heeft immers al herhaaldelijk gesteld dat er rekening dient te worden gehouden met de weerslag die zijn beslissing kan hebben op andere situaties (GwH 4 juli 1991, nr. 18/91, motief B. 9; GwH 1 december 1993, nr. 83/93, motief B.6).

73. Luik, 18 december 1995, *JLMB*, 1996, 406; A. ALEN, “De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof : Algemene regel, uitzonderingen etc. - Rapport” in *De verhouding tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 183.

Het hoeft dan ook geen betoog dat een optreden door de wetgever meer garanties biedt voor coherentie en rechtszekerheid.

Daarbij is het personeel toepassingsgebied van de verschillende procedures (collectieve schuldenregeling, vereffening van vennootschappen en rechtspersonen, faillissement en gerechtelijke reorganisatie) nog de makkelijkste uitdaging. Moeilijker en belangrijker is het om de verschillen die daaraan worden vastgeknoopt op een meer rationele en consistente leest te schoeien<sup>(74)</sup>.

Dat een modern wetgevend optreden realistisch is, bewijst de recente wijziging inzake de zakelijke zekerheden op roerende goederen, waarbij het overbruggen van de verschillen tussen burgerlijk recht en handelsrecht één van de doelstellingen was<sup>(75)</sup>.

**15. Besluit. “Once more unto the breach, dear friends, once more” (Henry V, Act 3, scene 1).**

Met de WCO (2009) vertrok de wetgever van het versleten handelaarsbegrip om toch voorzichtig het toepassingsgebied te verruimen naar (sommige) burgerlijke vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (hoger nr. 1). De wetgever moderniseerde, maar op ouderwetse wijze (hoger nr. 4).

Met het geannoteerde arrest trekt het Grondwettelijk Hof de moderniseringslogica van de wetgever consequent door. De recente uitbreiding van het toepassingsgebied van de WCO (2013) laat vrezen dat de wetgever de les zeer restrictief heeft begrepen (hoger nr. 3), waardoor er wellicht voor het Grondwettelijk Hof nog mogelijkheden zullen komen om zich uit te spreken over het personeel toepassingsgebied van insolventieprocedures. De wetgever ware nochtans beter geplaatst om in het insolventierecht tot een coherent geheel van regels te komen (hoger nr. 14).

Voor de hand ligt een uitbreiding naar andere burgerlijke ondernemingen-natuurlijke personen waarop de WCO niet van toepassing is (hoger nr. 6) en voor de occasionele burgerlijke vennootschap met rechtspersoonlijkheid die nog aan het toepassingsgebied van de WCO ontsnapt (hoger nr. 8). Ook een eerder technische aanpassing is een uitbreiding naar vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (hoger nr. 7). Wellicht meer omstreden is een uitbreiding naar natuurlijke en rechtspersonen die een vrij beroep uitoefenen (hoger nr. 10). Hoopgevend is dat het Grondwettelijk Hof in de context van de wetgeving op handelspraktijken reeds moedig is opgetreden tegen lobbywetgeving ten voordele van vrije beroepers (hoger nr. 11). Een bijzonder verhaal vormen ondernemingen gevoerd door een publiekrechtelijke entiteit en, in mindere mate, door een non-profit (hoger nr. 8).

Een gelijke behandeling vereist verder dat het toepassingsgebied van faillissement en WCO op mekaar worden afgestemd (hoger nr. 12). De schuldeisers van een burgerlijke onderneming (vennootschap en natuurlijke persoon) staan onder het huidige recht in de kou (hoger nr. 13). Twijfelt er overigens iemand aan dat de gelijkschakeling van het toepassingsgebied van gerechtelijk akkoord en faillissement niet al lang gebeurd zou zijn als, zoals in vele andere landen, de reorganisatie- en de liquidatieprocedure verschillende hoofdstukken waren geweest van eenzelfde wetboek?

Enkele jaren geleden onderzocht Professor COUSY wat er nog overblijft van het handelsrecht met de nostalgische woorden van Charles Trenet : *Que reste-t-il de nos amours*<sup>(76)</sup>? Indien het geannoteerde arrest consequent wordt doorgetrokken kan wellicht in het insolventierecht worden gezongen uit dat andere chanson van Trenet : *Boum ! Tout a changé depuis hier...*

*Joeri Vananroye en Karel-Jan Vandormael*

74. Zie ook M.E. STORME, *Dikè, Hydra, Zeno in het insolventierecht*, 28, nr. 20.

75. E. DIRIX, “De nieuwe Pandwet - doelstellingen en uitgangspunten” in Verslagboek studiedag “Het nieuwe recht inzake roerende zeker-

heden” (Leuven 29 mei 2013), te verschijnen.

76. H. COUSY, A. DE GRAEVE en M. DE GRAEVE, “Que reste-t-il de nos amours ? Of wat blijft er nog over van het handelsrecht ?” in *Handels- en Economisch recht*, Themis-cahier, Brugge, die Keure, 2006, 5 e.v.

#### 4. De vennootschap als onderneming in de zin van het WER en het Ger.W.

- (75) **Onderneming in het WER en de Wet Natuurlijke Rechter.** Het WER (2014) bouwt voor zijn algemene definitie van onderneming in art. 1.1, 1° WER verder op de bestaande definities (vooral die uit de WMPC en de WBEM). Behoudens andersluidende bepaling in titel 2, wordt voor de toepassing van het WER onder onderneming begrepen:

*“elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen”.*

Heel wat regels, met vooral verboden en verplichtingen, in het WER worden (mede) vastgeknoot aan aan het algemene begrip van onderneming. De hele catalogoog kunnen we hier niet geven. De verboden van Boek IV (Bescherming van de mededinging) of Boek VI Marktpraktijken en bescherming van de consument gelden zijn geadresseerd aan ondernemingen (zie ook wel Boek XIV over marktpraktijken en consumentenbescherming betreffende beoefenaars van een vrij beroep verder). Misschien minder bekend is dat Boek III, Titel 3 (algemene verplichtingen van ondernemingen) ook verplichtingen inzake informatie, transparantie en niet-discriminatie bevat voor ondernemingen.



Belangrijk is dat het algemene ondernemingsbegrip van art. 1.1, 1° WER voortaan ook gebruikt wordt voor de bepaling van de algemene bevoegdheid van de Rechtbank van Koophandel in art. 573, 1° Ger.W. Dit gebeurde bij de Wet van 26 maart 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties met het oog op de toekenning van bevoegdheid aan de natuurlijke rechter in diverse materies (“Wet Natuurlijke Rechter”). Deze wijziging trad in werking op 1 juli 2014.

Oud art. 573 Ger.W.	Nieuw art. 573 Ger.W.
“De rechtbank van koophandel neemt in eerste aanleg kennis:	“De rechtbank van koophandel neemt in eerste aanleg kennis:
1° van de geschillen tussen kooplieden, die handelingen betreffen die de wet als daden van koophandel aanmerkt en die niet onder de algemene bevoegdheid van de vrederechter of onder de bevoegdheid van de politierechtbanken vallen;	1° van de geschillen tussen ondernemingen, namelijk tussen alle personen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven, die betrekking hebben op een handeling welke is verricht in het kader van de verwezenlijking van dat doel en die niet onder de bijzondere bevoegdheid van andere rechtscolleges vallen;
2° van geschillen betreffende wisselbrieven en orderbriefjes, wanneer het bedrag van de vordering hoger is dan 1.860 EUR.	2° van geschillen betreffende wisselbrieven en orderbriefjes.
Het geschil, dat betrekking heeft op een handeling die de wet als daad van koophandel aanmerkt en dat niet onder de algemene bevoegdheid van de vrederechter valt, kan eveneens voor de rechtbank van koophandel worden gebracht, hoewel de eiser niet de hoedanigheid van handelaar heeft. Een beding tot aanwijzing van een be-	De vordering gericht tegen een onderneming kan onder de in het eerste lid, 1°, bepaalde voorwaarden eveneens voor de rechtbank van koophandel worden gebracht, zelfs indien de eiser geen onderneming is. Elk beding tot aanwijzing van een bevoegde rechter dat is gemaakt voor het ontstaan van het geschil is, in dat opzicht, nietig.”

voegd rechter, gemaakt vóór het ontstaan van het geschil is, in dat opzicht, van rechtswege nietig.”	
--	--

- (76) **Handelaar en andere aanknopingspunten blijven bestaan.** Bij het samenstellen van het WER werd blijkbaar het principe gehanteerd dat de betrokken regelgeving diende te behoren tot de bevoegdheid van de toenmalige federale Minister van Economische Zaken. Dit principe lijkt meer ingegeven te zijn door (begrijpelijke) pragmatische overwegingen, dan dat het als een inhoudelijk zinvol criterium werd beschouwd.

Een gevolg hiervan is dat het W.Kh. naast het WER nog altijd blijft bestaan, met de “handelaar” als aanknopingspunt.

Ook bepaalde bijzondere wetten, zoals de Faillissementwet (voor handelaars) en de WCO (voor handelaars met beperkte uitbreiding), werden niet in het WER geïncorporeerd, noch werd hun aanknopingspunt gemoderniseerd naar aanleiding van de invoering van het WER.

- (77) **De definitie nader ontleed.** Hierna willen we vier elementen uit het ondernemingsbegrip verder analyseren: de organisatie die duurzaam (2./) en zelfstandig (4./) een economisch doel nastreeft (1./), in eigen naam of aan wie de activiteiten van een andere persoon worden toegerekend (3./).

**1./ Nastreven van een economisch doel.** Een economisch doel bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een markt. Dit omvat alle economische sectoren. Hierdoor is het ondernemingscriterium een veel ruimer en rationeler concept dan het oude concept handelaar.

Kenmerkend hiervoor is dat de aanbieder van goederen en diensten een rendement wil krijgen (een overschot van inkomsten op uitgaven en voorzieningen) en dat de afnemers van de goederen of diensten een tegenprestatie betalen die minstens de kosten dekt.

**2./ Op duurzame wijze nastreven.** Het aanbieden van goederen of diensten op de markt volstaat op zich niet om een onderneming te zijn. Het wordt slechts een economische activiteit indien dit duurzaam gebeurt, d.w.z. met een zekere regelmaat of in het kader van een zekere organisatie.

**3./ Toerekening telt, niet wie de activiteiten feitelijk stelt.** Niet relevant is wie de betrokken ondernemingsactiviteiten stelt, maar aan wie deze activiteiten juridisch worden toegerekend.

De ondernemingsactiviteiten gesteld door een vertegenwoordiger die *in hoedanigheid* handelt maken dan ook de opdrachtgever tot onderneming. De naamlener (of middellijke vertegenwoordiger) zal zelf onderneming worden als hij ondernemingsactiviteiten stelt.

Hierbij past een belangrijke *caveat*. Het voorgaande sluit niet uit dat ook de vertegenwoordiger die in hoedanigheid handelt, zelf als onderneming kan worden beschouwd. Deze kwalificatie volgt dan niet uit de ondernemingshandelingen die hij in hoedanigheid stelt, wel omdat de dienst die hij levert als vertegenwoordiger op zich een economische activiteit kan uitmaken. Zulke diensten zullen wel enkel een natuurlijke persoon tot onderneming maken indien ze als zelfstandige, d.w.z. niet in ondergeschikt verband, wor-

den gesteld. Zo dienen de diensten gesteld als vennootschapsmandataris in de regel worden beschouwd als het duurzaam nastreven van een economisch doel (zie verder § 5).

**4./ Niet gesteld in ondergeschikt verband.** Ook al staat dit niet met zoveel woorden in de definitie in het WER, toch moet worden aangenomen dat diensten die als werknemer in ondergeschikt verband worden gesteld *niet* de kwalificatie als onderneming met zich brengen.

- (78) **Onderneming en ondernemingshandeling.** Voor de algemene bevoegdheid van de Rechtbank van Koophandel (art. 573, 1° Ger.W.) is het noodzakelijk maar niet voldoende dat het een handeling van een onderneming betreft (een uitzondering betreft geschillen betreffende wisselbrieven en orderbriefjes).

Daarnaast is het ook vereist dat het geschil betrekking heeft op “een handeling welke is verricht in het kader van de verwezenlijking van [het economisch] doel”. Korthedshalve spreken we hierna van een “ondernemingshandeling”. Ook onder het oude recht diende het geschil betrekking te hebben op een daad van koophandel.

- (79) **Vennootschappen: altijd een onderneming en alles gebeurt met een economisch doel.** Naar onze mening is elke vennootschap een onderneming in de zin van het WER en het gewijzigde Ger.W. Zowel bij vennootschappen met een handelsdoel als met een burgerlijk doel mag worden aangenomen dat een economisch doel behoort tot de specialiteit van deze vorm.

Ook mag worden aangenomen dat elke handeling van een vennootschap kadert binnen haar economisch doel. Deze interpretatie strookt met de heersende interpretatie waarbij wordt aangenomen dat elke handeling van een vennootschap met een handelsdoel een daad van koophandel is. Het tegenbewijs van het vermoeden dat alle daden subjectieve daden van koophandel zijn (dat bij een natuurlijke persoon mogelijk is) is bij een vennootschap niet mogelijk. Deze benadering, die het voordeel van de duidelijkheid heeft, moet worden doorgetrokken naar de ondernemingshandelingen van vennootschappen.



Concreet betekent dit ook dat een vennootschap, ongeacht of het een commercieel of een burgerlijk doel heeft, altijd voor de Rechtbank van Koophandel kan worden gedaagd, zonder dat concreet moet worden aangetoond dat de betrokken handeling kadert binnen de verwezenlijking van het economisch doel van de vennootschap.

- (80) **Winstoogmerk en “onderneming” in het WER en Ger.W.** Het “winstoogmerk” heeft in een modern ondernemingsrecht geen plaats bij het onderzoek naar de vraag of bepaalde handelingen ondernemingshandelingen zijn. De pastoor die het anno 2014 nog zou aandurven om in eigen naam een zwembad te exploiteren om daarmee de parochie te financieren, voert dan ook een onderneming.

Ook is het relevant dat het ondernemingsbegrip kijkt naar de aard van de activiteiten en niet naar de concrete entiteit. Het is niet zozeer bepalend of een entiteit *in concreto* een rendement wil krijgen met een activiteit, wel of het een activiteit betreft waarmee ze in concurrentie treedt met andere aanbieders die de goederen of diensten op economische wijze aanbieden.

Wel blijft het winstoogmerk, ook na 2014, dezelfde rol behouden bij het bepalen van de handelsaard van handelsdaden en handelaars in de zin van art. 1 e.v. W.Kh. Ook aan het winstoogmerk als positieve norm voor vennootschappen of negatieve norm voor verenigingen verandert uiteraard niets. Zoals gezegd heeft vooral het winstuitkeringsverbod als negatieve norm voor verenigingen een belangrijke praktische betekenis.

- (81) **VZW: afwezigheid van uitkeringen irrelevant voor de kwalificatie als onderneming.** De afwezigheid van een winstverdelingsoogmerk (die volgt uit de wettelijke specialiteit voor elke VZW) is niet relevant voor de kwalificatie van een VZW, stichting of andere rechtspersoon als onderneming. Dit was reeds zo onder de WMPC. Zie M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2003, 262 e.v. en M. DENEFF, “De VZW: nooit handelaar, ooit verkoper, steeds onderneming?” in *Liber amicorum G.L. Ballon*, A, 326, nr. 386.

- (82) **VZW: het bestaan van een ideëel doel of aanwending van opbrengsten voor dat ideëel doel is irrelevant voor de kwalificatie als onderneming.** Ook de ondergeschiktheid van de ondernemingsdaden aan een ideëel doel (die kan volgen uit de statutaire specialiteit van een concrete VZW) is ook irrelevant voor de kwalificatie als onderneming.

De enige relevante vraag is of de vereniging met enige duurzaamheid goederen en diensten op de markt brengt. Indien dit het geval is streeft de vereniging een economisch doel na en is elke handeling gesteld in het kader van dit economisch doel een ondernemingshandeling, waarvoor de vereniging voor de Rechtbank van Koophandel kan worden gedaagd. Dat de eventuele opbrengsten van een economische activiteit in tweede instantie worden aangewend voor een ideëel doel, neemt niet weg dat zulke VZW een economische activiteit uitoefent, en dus een onderneming is in de zin van art. 1.1.1° WER én art. 573, 1° Ger.W.

De VZW van trappisten die bier brouwt en verkoopt om daarmee haar immateriële activiteiten te financieren, is dan ook zonder enige twijfel een onderneming in de zin van art. 1 WER en 573, 1° Ger.W. Dat zulke VZW wegens de (“figuurlijke” of “materiële”) ondergeschiktheid van haar economische activiteiten valt binnen de wettelijke specialiteit van de VZW en ontsnapt aan de kwalificatie als handelaar, is daarbij van geen belang.

“Bijkomstigheid” kan voor vereniging en stichtingen wel nog zijn nut hebben als objectief criterium dat moet uitmaken of een vereniging of stichting met enige duurzaamheid goederen of diensten op de markt brengt. Een jaarlijkse mosselsouper of wafelbak maakt een VZW nog niet tot onderneming. Daarin verschilt een vereniging of stichting niet van een natuurlijke persoon.

- (83) **VZW: een economisch statutair doel of economische activiteiten in het statutair doel zijn wel relevant voor de kwalificatie als onderneming.** Daarmee is niet gezegd dat het statutaire doel van een VZW irrelevant is voor de kwalificatie als onderneming. Een ideëel doel mag dan wel geen ontsnappingsroute vormen om marktactiviteiten aan de kwalificatie van ondernemingshandeling te onttrekken, maar een omschrijving van het doel of de activiteiten de statuten van de VZW kan wel mee in rekening worden gebracht als zelfstandig element bij de kwalificatie als onderneming. Het statutair doel is hier geen schild tegen de kwalificatie als onderneming, maar een zwaard dat gehanteerd kan worden vóór zulke kwalificatie.



- (84) **Inleiding.** Naast de algemene bevoegdheidsgrond van art. 573, geeft art. 574 Ger.W. een aantal bijzondere bevoegdheden aan de Rechtbank van Koophandel. “Zelfs indien de partijen geen handelaar zijn”, stond er tot de Wet Natuurlijke Rechter in de aanhef van art. 574. De wetgever had dit kunnen wijzigen in “zelfs indien de partijen geen onderneming zijn”, maar heeft dit gewoon weggelaten.

## 5. De bijzondere bevoegdheid van de rechtbank van koophandel voor het vennootschapscontentieux (pro memorie)

Oud art. 574, 1° Ger.W.	Nieuw art. 574, 1° Ger.W.
<p>“De rechtbank van koophandel neemt, zelfs wanneer partijen geen handelaar zijn, kennis:</p> <p>1° van geschillen terzake van een vennootschap beheerst door het Wetboek van vennootschappen, tussen vennootschappen en vennoten, tussen vennoten, tussen vennootschappen en bestuurders of zaakvoerders, tussen bestuurders of zaakvoerders, tussen bestuurders of zaakvoerders en derden, tussen bestuurders of zaakvoerders en vennoten, tussen commissarissen, tussen commissarissen en vennootschappen, tussen commissarissen en bestuurders, zaakvoerders of vennoten, tussen vereffenaars, tussen vereffenaars en derden, tussen vereffenaars en vennootschappen of tussen vereffenaars en vennoten, tussen vennootschappen, vennoten, bestuurders of zaakvoerders, commissarissen of vereffenaars en bedrijfsrevisoren, tussen oprichters, tussen oprichters en vennootschappen, tussen oprichters en derden of tussen oprichters, vennootschappen, vennoten en bestuurders of zaakvoerders;</p>	<p>“De rechtbank van koophandel neemt kennis:</p> <p>1° van geschillen ter zake van een vennootschap beheerst door het Wetboek van vennootschappen, evenals van geschillen die ontstaan tussen de vennoten van een dergelijke vennootschap, met uitzondering van de geschillen waarbij een van de partijen een vennootschap is die werd opgericht met het oog op de uitoefening van het beroep van advocaat, notaris of gerechtsdeurwaarder;”</p>

- (85) **Vennootschapsgeschillen: bepaalde vrije beroepers uitgesloten.** Vóór 2009 gold deze bevoegdheid voor geschillen terzake van een handelsvennootschap, waardoor deze bevoegdheid dus niet gold voor burgerlijke vennootschappen, ook niet wanneer deze de vorm van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid hadden aangenomen.

Sinds de Wet van 26 januari 2009 gold deze bevoegdheid voor alle vennootschappen uit het W.Venn., dus ook vennootschappen met een burgerlijke activiteit en ook voor de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid.

Met de Wet Natuurlijke Rechter kent deze bijzondere bevoegdheidsgrond nu een eigenaardige uitzondering voor “geschillen waarbij een van de partijen een vennootschap is die werd opgericht met het oog op de uitoefening van het beroep van advocaat, notaris of gerechtsdeurwaarder”. Deze uitzondering geldt dus enkel voor de opgesomde juridische vrije beroepen en niet voor de andere vrije beroepen.

Om vijf redenen is deze toevoeging door de Wet Natuurlijke Rechter ongelukkig:

- (i) *Het is een stap achteruit.* De toevoeging door de Wet Natuurlijke Rechter is verrassend omdat dit een stap achteruit is : het oude art. 574, 1° Ger.W. betrof sinds 2009 “geschillen ter zake van een vennootschap beheerst door het Wetboek van vennootschappen”, dus zowel commerciële als burgerlijke vennootschappen, zonder een uitzondering te voorzien voor (bepaalde) juridische vrije beroepen.



(ii) *Koophandel is de meest geschikte rechter omdat ook juridische vrije beroepers ondernemingen zijn.* Er kan geen twijfel over bestaan dat ook natuurlijke personen of vennootschappen met de hoedanigheid van vrij beroep onderneming zijn in de zin van art. 573,1 Ger.W. Vrije beroepers zijn ook ondernemingen in de zin van art. 1.1, 1° WER. Ook de uitoefenaars van vrij beroepen oefenen economische activiteiten uit, nl. het aanbieden van diensten op een bepaalde markt, en zijn dus ondernemingen.

(iii) *Koophandel is de meest geschikte rechter voor alle vennootschapsgeschillen.* De Memorie van Toelichting bij de Wet Natuurlijke Rechter verantwoordt de uitzondering voor vennootschappen van advocaten, notarissen of gerechtsdeurwaarders als volgt: “Die beroepen leunen nauw aan bij de rechtsbedeling en de rechtbank van eerste aanleg neemt al kennis van heel wat bedingen die verband houden met deze beroepen. Die rechtbank is het meest geschikt om uitspraak te doen over de bedoelde geschillen” (Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2013-2014, nr. 3076/001, 11).

Deze motivering overtuigt niet.

Ook een vennootschapsgecil ter zake van een vennootschap van advocaten, notarissen of gerechtsdeurwaarders behoeft wellicht een bijzondere kennis van het vennootschapsrecht. Die competentie zal veel waarschijnlijker aanwezig zijn bij de rechtbank van koophandel dan bij de rechtbank van eerste aanleg.

Slechts zelden en zijdelings zal een vennootschapsgecil ter zake van een juridisch vrij beroep bijzondere (bv. deontologische) problemen met zich brengen waarbij de rechtbank van eerste aanleg over competenties zou beschikken die afwezig zijn bij de rechtbank van koophandel.

(iii) *De bestaande tekst is technisch onvolmaakt.* De huidige *carve out* voor juridische beroepen is koddig geformuleerd : “waarbij een van de partijen een vennootschap is die werd opgericht met het oog op de uitoefening van het beroep van advocaat, notaris of gerechtsdeurwaarder”.

Ten eerste: de betrokken vennootschap is niet noodzakelijk altijd partij bij een geecil terzake van die vennootschap. In een normale lezing valt een minderheidsvordering van een vennoot in een advocatenvennootschap tegen een zaakvoerder of een geecil tussen vennoten in een vennootschap van notarissen *niet* onder de uitzondering van art. 574, 1° Ger.W. indien de vennootschap zelf er geen partij bij is. Dit is wellicht een onbedoeld gevolg.

Ten tweede: de verwijzing naar “oprichting” sluit in een normale lezing vennootschappen uit die werden opgericht met een ander doel dan de uitoefening van een juridisch vrij beroep, wat dan later werd gewijzigd. Ook dit is zeer waarschijnlijk een onbedoeld gevolg.

(iv) *De wetgever bereikt niet wat hij denkt te willen bereiken.* Op een nog een veel meer fundamentele wijze schiet de wetgever met de uitzondering voor juridische vrije beroepers naast het beoogde doel.

De bedoeling van de wetgever van de wetgever was wellicht de rechtbank van eerste aanleg exclusief bevoegd te maken voor het contentieux van geschillen ter zake van een vennootschap van juridische vrije beroepen. De wetgever slaagt daar echter niet in, omdat de meeste vennootschapsgeschillen terzake van een vennootschap van juridische vrije beroepen vallen onder de *algemene* bevoegdheidsgrond van art. 573, 1° Ger. W.

We verklaren dit nader:

- Ook bij de meeste vennootschapsgeschillen ter zake van een vennootschap van juridische vrije beroepen zal de verweerder een “onderneming” zijn.

Dat is zo indien de verweerder de vennootschap zelf is of een natuurlijke persoon die een vrij beroep uitoefent. Ook vrije beroepen zijn immers “ondernemingen” in de zin van het WER en het Ger.W. (zie hoger punt (i)). Bovendien: deontologische regels brengen voorsnog mee dat een vennoot of mandataris in een vennootschap van juridische vrije beroepers ook de hoedanigheid van vrije beroeper heeft. En dus van “onderneming” in de zin van art. 573, 1° Ger.W.

Ook leden van organen die hun vennootschapsmandaat zelfstandig uitoefenen vormen een “onderneming” omwille van dit mandaat. Hun economisch doel is niet de activiteiten van de vennootschap, maar het uitoefenen van de activiteiten van bestuurder, lid van het directiecomité, dagelijks bestuurder, etc. De diensten verricht als vennootschapsmandataris zijn ook ondernemingsactiviteiten als ze zelfstandig worden gesteld. Een vordering tegen een bestuurder met betrekking tot zijn bestuursactiviteit valt dan ook onder de algemene bevoegdheid van de rechtbank van koophandel *ratione personae* van art. 573, 1° Ger.W. Ook als die vennootschap de beoefening van een juridisch vrij beroep tot voorwerp heeft.

- Een vennootschapsgeschil zal in de regel ook altijd betrekking hebben op de activiteiten gesteld in het kader van de ondernemingsactiviteit van de verweerder.
- De wetgever heeft geschillen ter zake van een vennootschap van juridische vrije beroepers niet tot een bijzondere bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg gemaakt, die een uitzondering zou vormen op de algemene bevoegdheid van de rechtbank van koophandel. Dit zou wel bereikt hebben wat de wetgever beoogde.

Vennootschapsgeschillen ter zake van een vennootschap van juridische vrije beroepers kunnen dus, ondanks de nieuwe uitzondering in art. 574 1°, toch voor de rechtbank van koophandel worden gebracht onder art. 573, 1°.

- (86) **“Geschillen tussen vennoten” als alternatief aanknopingspunt.** De oude opsomming in art. 574, 1° Ger.W. van een ganse reeks personen met een specifieke hoedanigheid als eiser of verweerder werd geschrapt door de Wet Natuurlijke Rechter. Die hoedanigheid was een bijkomende voorwaarde, naast het voorhanden zijn van een vennootschapsgeschil.

Die schrapping is een zeer gelukkige evolutie: deze opsomming betrachtte exhaustief te zijn maar bereikte dit niet. Onder de nieuwe tekst kan er geen twijfel meer over bestaan dat ook vennootschapsvorderingen tegen een dagelijks bestuurder, een lid van een directiecomité of een vaste vertegenwoordiger van een bestuurder-rechtspersoon onder de bevoegdheidsgrond van art. 574, 1° Ger.W. vallen.

Eén specifieke hoedanigheid is blijven staan : “evenals van geschillen die ontstaan tussen de vennoten van een dergelijke vennootschap”. Waar de vroeger opsomming van specifieke hoedanigheid een bijkomende voorwaarde was die *bovenop* “ter zake van een vennootschap” kwam, is deze hoedanigheid geformuleerd als een alternatieve bevoegdheidsgrond, naast de gewone voorwaarde.

De Raad van State suggereerde dat deze toevoeging overbodig is (Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2013-2014, nr. 3076/001, 27). Wellicht is het inderdaad zo dat de meeste geschillen tussen vennoten ook geschillen “ter zake van een vennootschap” zijn.

Toch kunnen er geschillen zijn tussen vennoten die geen vennootschapsgeschillen zijn in een strikte interpretatie, ook al houden ze verband met de werking van de vennootschap. Zo is er klassiek discussie over de vraag of geschillen naar aanleiding van een overdracht van aandelen onder de bevoegdheidsgrond van art. 574, 1° Ger.W. vallen. Zulke geschillen hebben een nauw verband met de werking van de vennootschap, maar de oplossing ervan is eerder te vinden in het gemeen contractenrecht dan in het vennootschapsrecht. Dat laatste criterium wordt in de parlementaire voorbereiding van de wijziging van art. 574, 1° Ger.W. door de Wet van 7 mei 1999 gebruikt om “ter zake van een vennootschap” in te vullen (*Parl. St.*, Kamer 1996-97, nr. 939/1, 1), al vindt men er ook het ruimere criterium van een “voldoende betekenisvolle band met de werking van de vennootschap” (*Parl. St.*, Kamer 1996-97, nr. 939/4, 9).

De huidige tekst van de wet laat toe om geschillen tussen vennoten, bv. naar aanleiding van een overdracht van aandelen, onder de bijzondere bevoegdheidsgrond van art. 574, 1° te brengen, zelfs indien “ter zake van een vennootschap” strikt zou worden geïnterpreteerd. In dit opzicht is het gelukkig dat de wetgever “geschillen die ontstaan tussen de vennoten van dergelijke vennootschap” heeft laten staan als zelfstandig alternatieve criterium.

Ook geschillen tussen oude en nieuwe vennoten vallen onder dit aanknopingspunt (I. VER-  
OUGSTRAETE en J. LEBEAU, “Transferts de compétences: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l’entreprise”, *TBH* 2014, 555, nr. 26). De voorwaarde dat eiser en verweerder ooit tegelijkertijd aandeelhouder waren, kan niet in de tekst van de wet gelezen worden. Concreet betekent dit dat deze bevoegdheidsgrond ook gebruikt kan worden voor een geschil tussen een vennoot die al zijn aandelen verkoopt aan een derde die nog geen vennoot was.

Ook in een advocatenkantoor worden overeenkomsten tot overdracht van aandelen typisch behandeld door het departement vennootschapsrecht, niet door het departement dat zich bezig houdt met echtscheidingen, vereffeningen-verdelingen of huurgeschillen. Er is geen reden om aan te nemen dat de competenties bij magistraten anders zijn verdeeld. Dit soort geschillen behoort dan ook tot de *core business* van de rechtbank van koophandel.

## 6. Invloed van het financieel recht (pro memorie)

### (87) Nieuwe indelingen binnen de “publieke” vennootschappen

- Vennootschappen die een openbaar beroep op het spaarwezen doet of gedaan heeft (art. 438 W.Venn.)
- Genoteerde vennootschap (art. 4 W.Venn.)
- “Aandelengenoteerde vennootschap” (omzetting Richtlijn aandeelhoudersrechten)

\* \* \*

## Les 6

### Keuze van de rechtsvorm

**Bibliografie.** K. Geens en M. Wyckaert, “De ruimte voor contractuele vrijheid bij vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid: tussen toenadering en remediëring”, TRV 2008, 527-558; R. Vander Eeckt en A. François, “Vennootschapsvormen naar Belgisch vennootschapsrecht: l’embarras du choix?”, in L. Weyts, C. Castelein en E. Goovaerts (eds.), *Vennootschappen en rechtspersonen: stand van zaken*, Leuven, Universitaire Pers, 2004, 239-306; K. Geens en F. Jenné, “Tien jaar Wetboek van vennootschappen: waar staan we”, in *Tien jaar Wetboek van vennootschap: wat staan we*, Brussel, Larcier, 2010, 7-24; K. Geens, “Het Wetboek van vennootschappen: lean and mean, fit and proper?”, in *Quid leges sine cogitatione*, Biblo, Kalmthout, 2011, 73-100.

#### (88) Algemeen

- Keuze tussen vennootschap en andere rechtsvorm (vzw, stichting...)
- Aantal “special purpose” vennootschappen : landbouwvennootschap, economisch samenwerkingsverband, Europese vennootschap, modaliteit “met een sociaal oogmerk”
- Vennootschap voor één bepaalde activiteit : bv. tijdelijke vennootschap, maar ook elke andere vennootschapsvorm mogelijk
- Wildgroei vennootschapsvormen :
  - nut tijdelijke handelsvennootschap en stille handelsvennootschap (vgl. maatschap van bepaalde duur – maatschap met croupierovereenkomst) ?
  - nut landbouwvennootschap ?
  - noodzaak 4 vennootschapsvormen met volkomen RP ?
  - nut vennootschap met een sociaal oogmerk (vgl. vroegere CV bij wijze van deelneming)
  - gebruik NV/CV voor andere doeleinden dan oorspronkelijk bedoeld
- Contractuele/statutaire vrijheid vs. uitgebreide (dwingende) wettelijke regeling
  - Zeer grote contractuele vrijheid in vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en met onvolkomen rechtspersoonlijkheid/”grotere” vennootschapsvormen (met beperkte aansprakelijkheid) veel meer gereguleerd
  - Statutaire vrijheid in CVBA > NV > BVBA

#### (89) Oprichtingskosten en -formaliteiten

- Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid: geen kosten of formaliteiten (Boekhoudwet: geen jaarrekening)
- Vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid:
  - beperkte formaliteiten en kosten (neerlegging en publicatie) + registratierechten art. 19, 5° W.Reg. (0%)
  - neerleggen jaarrekening : art. 97 W.Venn. bevat uitzondering voor :
    - kleine vennootschappen met vorm V.O.F., Comm.V of CVOA

- (zelfs grote) V.O.F., Comm.V of CVOA waarvan alle vennoten natuurlijke personen zijn
- Vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid:
  - notariële oprichting : notariskosten en registratierechten (inbreng – 0%)
  - kapitaalvereiste : BVBA en CVBA 18.550 euro; NV en Comm.VA 61.500 euro; LV 6.200 euro; SE 120.000 euro; SCE 30.000 euro
  - vgl. S-BVBA

(90) **Fiscaal regime**

- Artt. 2, § 1, 2° en 179 WIB : venn. met RP onderworpen aan vennootschapsbelasting
- Landbouwvennootschap : in principe fiscaal transparant, maar keuzemogelijkheid voor vennootschapsbelasting
- ESV : fiscaal transparant (art. 843, § 2 W.Venn.) – idem EESV
- VSO : evt. rechtspersonenbelasting

(91) **Aansprakelijkheidsregime**

- onderscheid *obligatio / contributio*
- vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid : in principe onbeperkte aansprakelijkheid
  - maatschap : voor gelijke delen (burgerlijk doel) of hoofdelijk (commercieel doel)
  - tijdelijke handelsvennootschap : hoofdelijk
  - stille handelsvennootschap : werkende vennoot onbeperkt aansprakelijk, stille vennoot beperkt
- vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid :
  - V.O.F., CVOA, ESV : steeds hoofdelijk (ook indien burgerlijk doel)
  - Comm.V: stille vennoot in beginsel beperkt aansprakelijk  
uitzondering: naam in vennootschapsnaam of daden van vertegenwoordiging (onderscheid eenmalig/gewoonlijk)
  - landbouwvennootschap : beherende vennoten onbeperkt maar niet hoofdelijk, stille vennoten beperkt aansprakelijk
- vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid
  - aansprakelijkheid in beginsel beperkt tot inbreng
  - gevallen van doorbraak
  - oprichtersaansprakelijkheid (NV : mogelijkheid om als “inschrijver” te fungeren)
  - aansprakelijkheid bestuurders (kennelijk grove fout : niet in kleine BVBA en CVBA)
  - soms is beperkte aansprakelijkheid niet belangrijk (bv. vrij beroeper + soms sowieso verplicht onbeperkt aansprakelijk voor beroepsfouten)

(92) **Aantal vennoten**

- algemeen : vereiste van meerhoofdigheid, dwz minstens 2 vennoten (art. 1 W.Venn.)

- CV : minstens 3 oprichters (art. 351 W.Venn.)
- BVBA : kan eenhoofdig (enkel natuurlijke persoon en in de regel slechts in 1 BVBA)

(93) **Effecten, winstverdeling en stemrecht**

- Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en met onvolkomen rechtspersoonlijkheid
  - in principe één onverdeeld aandeel per vennoot (bundel van rechten) – in de praktijk vaak verdeling in aandelen cfr. BVBA
  - winstverdeling is volledig vrij, binnen de grenzen van het leonijs beding (art. 32 W.Venn.)
    - art. 30 W.Venn. bevat suppletieve winst- en verliesverdeling
    - winstdeelname proportioneel met inbreng, en inbreng in arbeid wordt gelijkgesteld met kleinste inbreng
  - in principe alle beslissingen met unanimiteit, maar statuten kunnen in meerderheidsbeslissingen voorzien, met bijhorende verdeling van de stemrechten
  - uitgifte van “andere effecten” is puur conventionele aangelegenheid (komt zelden voor)
- BVBA : enkel aandelen met of zonder stemrecht, certificaten en obligaties
  - kapitaal verdeeld in gelijke aandelen (geen soortvorming mogelijk)
  - winstdeelname en stemrecht zijn verplicht gelijk voor alle aandelen (artt. 238-239 en 275 W.Venn.)
  - uitzondering : aandelen zonder stemrecht
  - geen andere effecten (winstbewijzen, warrants...) mogelijk
- CVBA : enkel aandelen en obligaties
  - winstdeelname en stemrecht vrij te regelen in statuten (art. 382 W.Venn.)
  - geen andere effecten mogelijk (art. 356, tweede lid W.Venn.)
  - wel soorten van aandelen mogelijk
- NV (en Comm.VA) : aandelen met of zonder stemrecht, certificaten, obligaties, winstbewijzen, warrants, converteerbare obligaties...
  - winstverdeling is vrij, onder voorbehoud van leonijnse clausules
  - stemrecht is verplicht proportioneel met aandeel in kapitaal : art. 541 W.Venn. (uitz. : afronding, aandelen zonder stemrecht, winstbewijzen)
  - soorten van effecten mogelijk, met andere rechten per soort
  - mogelijkheid van andere effecten (winstbewijzen, warrants, converteerbare obligaties) is handig voor aantrekken risicokapitaal

(94) **Overdracht van aandelen**

- Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en met onvolkomen rechtspersoonlijkheid (uitz. CVOA) :
  - in principe zijn aandelen niet overdraagbaar, gelet op intuitu personae-karakter
  - overdrachtsmodaliteiten kunnen wel in de statuten worden geregeld

- BVBA : “besloten vennootschap” – wettelijke overdraagbaarheidsbeperkingen behoren tot het wezen zelf van de BVBA (art. 249 e.v. W.Venn.):
  - principieel toestemming vereist van minstens de helft van de vennoten die minstens  $\frac{3}{4}$  kapitaal bezitten (over te dragen aandelen tellen niet mee)
  - toestemming in principe niet vereist voor overdracht aan :
    - vennoot
    - echtgenoot
    - bloedverwanten in rechte lijn
    - andere personen aangeduid in de statuten
  - statuten kunnen wel strenger zijn (bv. ook nog voorkoopprecht), maar niet soepeler ! (behalve creëren van uitzonderingsgevallen)
  - regeling geldt zowel voor overdracht onder levenden als voor overgang wegens overlijden
- CV : eigenlijke overdracht is beperkt, maar soepele in- en uittreding vennoten
  - overdracht is vrij tussen vennoten (statutaire regeling mogelijk) : art. 363 W.Venn
  - overdracht aan derden kan enkel indien zij met naam in de statuten worden vermeld of behoren tot statutaire categorieën (art. 364 en 366 W.Venn.)
  - principieel recht voor vennoten om uit te treden (tenzij statutair anders bepaald : art. 367 W.Venn.)
    - scheidingsaandeel obv laatste balans indien in geld (art. 374 W.Venn.)
    - toetreding van derden mogelijk via techniek van variabel kapitaal
    - statuten bepalen vereisten voor toetreding en bepalen bevoegde orgaan voor toestemming (art. 366 W.Venn.)
    - anders moet AV toestemming geven
- NV (en Comm.V.A.) : aandelen zijn principieel vrij overdraagbaar
  - zelfs aandelen aan toonder mogelijk (beurs...) – weliswaar gefaseerde afschaffing
  - enige vennootschapsvorm die publiek beroep op het spaarwezen kan doen
  - wel mogelijk om overdraagbaarheid statutair of conventioneel in te perken (art. 510 W.Venn.)
    - onderscheid statutaire of conventionele beperkingen mbt tegenwerpelijheid aan derden
    - goedkeurings- en voorkoopclausules : mogen overdraagbaarheid niet meer dan 6 maand tegenhouden
    - stand-still clausules : beperkt in de tijd en steeds verantwoord in belang van de vennootschap
    - andere clausules (bv. volgrecht, volgplicht, change of controle clause, opties...) : geen bijzondere regels

(95) **Bestuursorgaan**

*1° Bestuursregeling*

- Vennootschappen zonder of met onvolkomen rechtspersoonlijkheid : één of meer zaakvoerders, in de regel vennoten, maar ook externe zaakvoerder mogelijk
  - elke vennoot is suppletieve wettelijke zaakvoerder, individueel bevoegd
  - conventionele of statutaire zaakvoerders mogelijk
  - in de regel individueel bevoegd, maar andere afspraken mogelijk (art. 34-36 W.Venn.)

- BVBA : min. 1 zaakvoerder, al dan niet vennoot
  - in de regel is elke zaakvoerder individueel bevoegd (art. 257 W.Venn.)
  - mogelijkheid college van zaakvoerders op te richten
- CVBA : in de regel 1 bestuurder, al dan niet vennoot (art. 378 W.Venn.)
  - statuten kunnen andere regeling bevatten
  - in beginsel is elke bestuurder individueel bevoegd, maar andere regeling mogelijk
- NV : min. 3 bestuurders, al dan niet aandeelhouders (art. 518, § 1 W.Venn.)
  - 2 bestuurders volstaan indien er slechts 2 aandeelhouders zijn
  - bestuurders oefenen bevoegdheden collegiaal uit (art. 521, eerste lid W.Venn.)
- Comm.V.A. : 1 of meer statutaire zaakvoerders, die vennoot moeten zijn (art. 658 W.Venn.)
  - geen bijzondere regels mbt bestuursbevoegdheid
  - in de regel individueel bevoegd, maar andere afspraken mogelijk

## *2° Mogelijkheid van stabiliteit*

- Vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en met onvolkomen rechtspersoonlijkheid:
  - vennoten zijn suppletieve zaakvoerders
  - gewone zaakvoerders : in beginsel ad nutum herroepbaar, maar afwijkende afspraken mogelijk
  - statutaire zaakvoerders : kunnen slechts worden herroepen met unanimité of om gewichtige redenen
- BVBA : zaakvoerders in principe ad nutum herroepbaar (gemeen recht lastgeving)
  - mogelijk statutaire zaakvoerder te benoemen (evenals statutaire zaakvoerderopvolger)
    - ontslag slechts mogelijk met unanimité of om gewichtige redenen (art. 256 W.Venn.)
    - statuten kunnen andere regeling bevatten (bv. ontslag met meerderheid statutenwijziging)
  - ook buiten statuten onherroepelijk mandaat mogelijk
- CVBA : bestuurders ad nutum herroepbaar (gemeen recht lastgeving)
  - ontslagbescherming onbeperkt mogelijk
- NV : bestuurders benoemd voor termijn van max. 6 jaar en steeds herroepbaar ad nutum (art. 518, § 3 W.Venn.)
  - Cass. 13 april 1989 : principe is van openbare orde (betwist)
  - rechtsleer : minstens van dwingend recht
  - evt. onrechtstreekse ontslagbescherming (bv. verbintenis aangegaan door aandeelhouder of een derde)
  - ontslagbescherming kan ook worden ontleend aan andere functie die wordt gecumuleerd met het bestuurdersmandaat (via arbeidsovereenkomst/managementovereenkomst)
  - clause van bindende voordracht
- Comm.VA : statutaire zaakvoerder(s)
  - moet verplicht in de statuten worden aangewezen



- geniet klassieke ontslagbescherming die geldt voor statutaire zaakvoerder

bijlage: J. Vananroye, “Father knows best: zijn dwingende regels omtrent het aantal leden in een vennootschap of huwelijk verantwoord?”, *TRV* 2013, 54 e.v. (geen leerstof)

*‘Too much love will kill you’<sup>(\*)</sup>*

## **‘FATHER KNOWS BEST’ : ZIJN DWINGENDE REGELS OMTRENT HET AANTAL LEDEN IN EEN VENNOOTSCHAP OF EEN HUWELIJK VERANTWOORD ?**

**Joeri Vananroye<sup>(1)</sup>**

**1. A syndicate in an empty room** – In de filmkomedie uit 1960 *“Let’s make love”* van George Cukor met Marilyn Monroe wordt het fortuin van het hoofdpersonage (gespeeld door Yves Montand) als volgt verklaard : *“he was the kind of man who could form a syndicate in an empty room”*. Dit illustreert de fascinatie van het recht, de ondernemingswereld en zelfs de populaire cultuur met de mogelijkheid van vermogensafschieding en beperkte aansprakelijkheid door middel van een vennootschap met maar één vennoot. Vermogensafschieding (*entity shielding*) laat toe dat de ondernemingsactiva niet verhaalbaar zijn door de louter persoonlijke schuldeisers van de ondernemer. Beperkte aansprakelijkheid (*owner shielding*) laat toe dat de persoonlijke activa van de ondernemer niet verhaalbaar zijn door de ondernemingsschuldeisers.

Het positieve recht laat eenhoofdige vermogensafschieding en beperkte aansprakelijkheid toe, maar slechts schoorvoetend. Van harte gebeurt het, met beperkingen, enkel bij de BVBA en, iets meer verscholen ook bij de NV. Andere vennootschapsvormen zoals de maatschap, VOF of CV vereisen minimaal twee- of meerhoofdigheid, wat des te opmerkelijker is omdat deze vennootschapsvormen wel vermogensafschieding maar geen (of niet altijd) beperkte aansprakelijkheid bieden.

Een eerste antwoord zou kunnen zijn : de vennootschap is een overeenkomst, dus daarom zijn er minstens twee vennoten nodig (zie art. 1 W.Venn.). Dat is echter geen voldoende antwoord. De contractuele aard van de vennootschap is niet veel meer dan een manier om het vereiste van twee- of meerhoofdigheid anders te formuleren. Dit verklaart niet *waarom* het recht vermogensafschieding en/of beperkte aansprakelijkheid bij eenhoofdigheid argwanender bekijkt. De E-BVBA toont alvast aan dat dit mogelijk is op een manier die technisch nauwelijks moeilijker is dan bij meerhoofdigheid. Integendeel : de eenhoofdigheid neemt heel wat interne *agency* problemen weg en laat een eenvoudige *governance* structuur toe (zie bv. art. 279 en 646, § 2 W.Venn.). Wellicht zou de E-BVBA zelfs nog lichter gemaakt kunnen worden dan in het positieve recht het geval is, door bepaalde *governance* regels die enkel zinvol zijn bij twee- of meerhoofdigheid op te heffen<sup>(2)</sup>.

---

\* Queen ([http://en.wikipedia.org/wiki/Too\\_Much\\_Love\\_Will\\_Kill\\_You](http://en.wikipedia.org/wiki/Too_Much_Love_Will_Kill_You)).

1. Met dank aan prof. Henri Swennen en Arie Van Hoe (Faculteit Rechten, UA), Stijn De Dier (Economisch Recht, KU Leuven) en dr. Jogchum Vrieling (Instituut voor Constitutioneel Recht, KU Leuven) die de auteur een *free ride* gaven met hun genereuze suggesties en zo de voordelen van meerhoofdigheid empirisch hebben aangetoond.

2. De keuze van het positieve recht om de eenhoofdige BVBA zoveel mogelijk te modelleren naar de twee- of meerhoofdige is verdedigbaar omdat dit “omvorming” vergemakkelijkt door de loutere overdracht van aandelen (F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2000, 490, voetnoot 1682).

De E-BVBA toont ook aan dat de regels van de eenheid van het vermogen (art. 7 Hyp.W.) en de gelijkheid van de schuldeisers (art. 8 Hyp.W.) geen onoverkomenlijke bezwaren hoeven uit te maken tegen eenhoofdige vermogensafscheiding. Bovendien kan een - één - schuldenaar d.m.v. zakelijke zekerheidsrechten (bv. pand of hypotheek) reeds afspraken maken met een specifieke schuldeiser waarbij die schuldeiser voorrang krijgt boven andere schuldeisers (zie nr. 8).

Waarom wordt een eenhoofdig afgescheiden vermogen, waarbij de voorrang automatisch geldt voor alle schuldeisers met betrekking tot het vermogen, dan nog verboden of aan banden gelegd ?

In familiale organisatievormen, zoals de huwelijksvereniging of de wettelijke samenwoning, geldt er dan weer een dwingendrechtelijk voorgeschreven aantal deelgenoten : twee; niet meer, niet minder.

**2. Eén-, twee- en meerhoofdigheidsregels in het organisatierecht** – Deze bijdrage onderzoekt eerst de band tussen het aantal deelgenoten en vermogensafscheiding bij de handelszaak, die géén vermogensafscheiding kent bij één eigenaar en wel indien ze in mede-eigendom door middel van een maatschap wordt gevoerd (nrs. 3-6). Daarbij gaan we uit van de heersende mening dat er bij de handelszaak geen, en bij de maatschap wel vermogensafscheiding is ten voordele van de “ondernemingsschuldeisers”. De technische verantwoording hiervoor hebben we elders uiteengezet en herhalen we hier niet<sup>3</sup>.

Daarna richten we de blik naar vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en onderzoeken we of de voorwaarden voor eenhoofdige vennootschappen mogen worden versoepeld of moeten worden verstrengd (nrs. 7-11).

In het belangrijkste deel vergelijken we vennootschappen met organisaties uit het horizontaal familierecht (*sensu lato*) : het huwelijk, de kloostervereniging en occasionele meerhoofdige seksuele relaties (nrs. 12-22). Die vergelijking laat toe ook voor vennootschappen belangrijke lessen te trekken. Tot slot kijken we naar de rol van meerhoofdigheid bij collectieve insolventieprocedures : hoeveel schuldeisers zijn nodig om samen te lopen (nrs. 23-25) ?

De centrale vraag is of er goede redenen zijn waarom het huwelijksrecht een tweehoofdigheidsgebod heeft en het vennootschapsrecht een principieel eenhoofdigheidsverbod (met uitzonderingen) zonder een dwingend maximum. Als extra service aan de lezer bieden we ook economisch sluitende formules aan voor het perfecte huwelijk (nr. 19) en onthullen we wie het meeste plezier beleeft in een *ménage à trois* (nr. 20). Onderweg lossen we ook het “*shareholders vs. stakeholders*”-debat op (nr. 18).

De focus van deze bijdrage ligt op vermogensafscheiding (en niet op beperkte aansprakelijkheid). Fiscale overwegingen laten we buiten beschouwing, vanuit de overtuiging dat de fiscale staart niet met de vennootschapsrechtelijke hond hoort te kwispelen. Recentere samenlevingsvormen zoals de wettelijke samenwoning laten we eenvoudigheidshalve buiten beschouwing, ook omdat ze op vlak van het tweehoofdigheidsgebod niet verschillen van het huwelijk. In deze bijdrage spreken we over “tweehoofdigheid” bij een organisatie met twee deelgenoten en over “meerhoofdigheid” bij een organisatie met drie of meer deelgenoten. “Eenhoofdigheid” verwijst uiteraard naar een organisatie met één deelgenoot.

---

3. Zie J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als technieken van vermogensafscheiding en vermogensovergang*, proefschrift, 2011.

## A. WAAROM IS DE EENHOOFDIGE HANDELSZAAK GEEN AFGESCHIEDEN VERMOGEN EN DE TWEELHOOFDIGE HANDELSZAAK (I.E. MAATSCHAP) WEL ?

**3. Handelszaak vs. maatschap** – De handelszaak illustreert dat een affectatie van goederen voor een bepaald doel op zich niet volstaat voor vermogensafschieding; deze affectatie dient vorm te krijgen in een bepaalde juridische techniek zoals een rechtspersoon of een onverdeelde boedel. Indien een natuurlijke persoon een handelszaak heeft, hebben zijn ondernemingsschuldeisers geen exclusieve of bevoorrechte aanspraak op de ondernemingsgoederen.

Bij een onverdeelde maatschapsboedel worden wel verhaalsrechtelijke consequenties verbonden aan een affectatie van de onverdeelde goederen. Bij een maatschap hebben de ondernemingsschuldeisers wel, met uitsluiting van de louter persoonlijke schuldeisers van de maten, een verhaal op de onverdeelde ondernemingsgoederen.

Het verschil tussen eigendom en mede-eigendom van de handelszaak is niet anders dan het verschil in behandeling van eenhoofdigheid en twee- of meerhoofdigheid. Waarom wordt aan precies dezelfde affectatie bij twee- of meerhoofdigheid wel en bij eenhoofdigheid niet vermogensafscherming verbonden ?

Achtereenvolgens bespreken we (i) de voordelen van vermogensafschieding (nr. 4), (ii) de redenen waarom deze voordelen zich meer opdringen bij meerhoofdigheid (nr. 5) en (iii) de redenen waarom de kosten van vermogensafschieding bij meerhoofdigheid minder relevant zijn (nr. 6).

**4. Economische verantwoording van vermogensafschieding** – De rechtseconomische literatuur heeft de laatste jaren uitgebreid aandacht besteed aan de voordelen van vermogensafschieding (*entity shielding* of *affirmative asset partitioning*)<sup>(4)</sup>. Voor een jurist in de continentale traditie is het overigens verrassend dat de rechtseconomische literatuur er zo lang over heeft gedaan om naast het contractuele element (*nexus of contracts*) aandacht te besteden aan dit zakenrechtelijke aspect van de vennootschapsvorm. In ons rechtsdenken heeft vermogensafschieding immers altijd een belangrijke plaats gehad bij de appreciatie van de eigenheid van de vennootschap<sup>(5)</sup>.

We vatten hier enkel samen<sup>(6)</sup> :

- Vermogensafschieding vermindert de kosten die de schuldeisers van het afgescheiden vermogen hebben om hun risico in te schatten. Ze kunnen de kredietwaardigheid van het afgescheiden vermogen beoordelen door louter te kijken naar de activa en passiva van dit vermogen zonder dat ze noodzakelijk ook moeten kijken naar de kredietwaardigheid van de gerechtigden tot dit vermogen.

Dit leidt tot efficiëntie doordat de ondernemingsschuldeisers enkel die activa en passiva moeten beoordelen van de onderneming (waar ze doorgaans een grotere kennis van hebben). Zonder vermogensafschieding dienen ondernemingsschuldeisers ook de persoonlijke activa en passiva te beoordelen.

4. Zie vooral H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, "The essential role of organizational law", *Yale L.J.* 2000, 387, e.v. en H. HANSMANN, R. KRAAKMAN en R. SQUIRE, "Law and the rise of the firm", *Harv. L. Rev.* 2006, 1333 e.v.

5. Zie bv. J. RONSE, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 230; L. FREDERICQ m.m.v. S. FREDERICQ, *Handboek van het Belgisch handelsrecht*, Brussel, Bruylant, 1962, 452, nr. 532. De vraag rijst daarbij overigens ook of met de nieuwe zakenrechtelijke wind van over de oceaan, op termijn de pendel van het debat over de keuze van toepasselijk recht niet terug in de richting van de *real seat* zal slaan. Naarmate de vennootschap meer als een zakenrechtelijke figuur wordt herkend, is het immers zinvoller om de vrije keuze van een *lex contractus* (incorporatie-leer) te temperen met een dwingende *lex rei sitae* (zoals de werkelijke zetel-leer of het „centre of main interests“). Zie ook A. VAN HOE, "De reikwijdte van de vestigingsvrijheid in het vennootschapsrecht en het insolventierecht : convergentie of divergentie", *TRV* 2012, 65 e.v.

6. Zie uitbreider J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 339-346.

Vermogensafschrijving geldt aldus als een belangrijke reden voor het vormen van allerlei groepsstructuren, waarbij elke vennootschap een afgescheiden vermogen vormt met een afgebakende kring van activa en passiva<sup>7</sup>.

- Bij insolventie van de onderneming, zorgt vermogensafschrijving ervoor dat de samenloop veel goedkoper kan worden afgewikkeld. Er dient niet (of slechts uitzonderlijk in tweede instantie) te worden gekeken naar de persoonlijke goederen en schulden van de deelgenoten. In eerste instantie kan ermee worden volstaan de ondernemingsgoederen te verdelen onder de ondernemingsschuldeisers.

- De *going concern* waarde van een onderneming komt niet in het gedrang doordat een deelgenoot (of louter persoonlijke schuldeisers door uitwinning) de ondernemingsactiva kunnen onttrekken aan het ondernemingsdoel.

**5. Voordelen van vermogensafschrijving zijn meer relevant bij twee- of meerhoofdigheid** – De voordelen van vermogensafschrijving zijn meer relevant indien er twee of meerdere deelgenoten zijn. Meerhoofdigheid verhoogt immers de monitoringkosten van de ondernemingsschuldeisers; vermogensafschrijving laat toe dat ze enkel kijken naar de activa en passiva van het afgescheiden vermogen zonder ook de persoonlijke activa en passiva van elk van de deelgenoten te moeten volgen.

Dit geldt uiteraard niet enkel voor de ondernemingsschuldeisers, maar ook voor de deelgenoten onderling. Vermogensafschrijving verhindert dat een andere deelgenoot door het aangaan van persoonlijke schulden de *going concern* waarde van de gezamenlijke onderneming ondermijnt. Hetzelfde resultaat kan niet bereikt worden door een louter contractuele afspraak : die verbindt de andere deelgenoten wel, maar biedt geen waterdichte bescherming bij schending.

Mede-eigendom illustreert dit. De afspraken die mede-eigenaars maken omtrent het bestuur van de onverdeelde goederen, binden de mede-eigenaars in de eerste plaats verbintenisrechtelijk. Indien deze bestemming echter geen zakenrechtelijke werking krijgt, kunnen de deelgenoten deze bestemming echter wel bewust of onbewust doorkruisen door persoonlijke verbintenissen op te lopen<sup>8</sup>. Indien de afspraken tussen mede-eigenaars louter obligatoir zouden zijn, dan hoeven de persoonlijke schuldeisers van de mede-eigenaars hiermee geen rekening te houden. Door de uitwinning door de persoonlijke schuldeiser van een deelgenoot worden de goederen aan de afgesproken bestemming onttrokken zonder dat de andere deelgenoten hierover controle hebben.

Deze overwegingen spelen niet bij goederen in individuele eigendom die voor een bepaald doel worden bestemd, zoals de handelszaak met één eigenaar. Uiteraard zal het hier ook gelden dat zonder vermogensafschrijving persoonlijke schulden van de handelaar de handelsbestemming in gedrang zullen brengen : de persoonlijke schulden worden immers verhaald op de ondernemingsactiva. Het verschil met mede-eigendom is dat de eenhoofdige eigenaar zelf controle heeft over de omvang van de persoonlijke schulden die de geaffecteerde goederen bezwaren.

**6. Kosten van vermogensafschrijving zijn minder relevant bij twee- of meerhoofdigheid** – Vermogensafschrijving brengt ook kosten met zich mee. Die zijn er zowel bij één als bij twee- of meerhoofdige vermogensafschrijving.

In hoofde van de vermogensbeheerder zorgt vermogensafschrijving voor rigiditeit en verhoogde transactiekosten. Hij kan het afgescheiden vermogen niet zomaar naar eigen inzicht beheren zoals hij dat wel kan doen met zijn persoonlijk vermogen. Activa van het afgescheiden vermogen mogen niet zomaar worden gebruikt voor persoonlijke

7. R. POSNER, "The rights of creditors of affiliated corporations", *U. Chi.L.Rev* 1976, 499 e.v.

8. H. HANSMANN, R. KRAAKMAN en R. SQUIRE, "Law and the rise of the firm", 119 *Harv. L. Rev.* (2006), 1337.

doeleinden (*beschikkingsonbevoegdheid*). Passiva mogen niet voor persoonlijke doeleinden worden aangegaan in naam van het afgescheiden vermogen (*doelgebonden bestuursbevoegdheid*). Omgekeerd kunnen persoonlijke actiefbestanddelen onttrokken worden aan het verhaal van de persoonlijke schuldeisers door ze in het afgescheiden vermogen te brengen (*bedrieglijke inbreng*).

Vermogensafschieding brengt daardoor ook eigen monitoring kosten met zich mee voor de schuldeisers. Een opportunistisch rechthebbende op een afgescheiden vermogen heeft immers een prikkel om te schuiven met activa en passiva tussen het persoonlijk en het afgescheiden vermogen (*onttrekking*) indien dit beter uitkomt.

De aanwezigheid van mede-eigenaars zorgt ervoor dat het risico op opportunistisch misbruik van vermogensafschieding door één deelgenoot vermindert. De belangen van de deelgenoten zijn immers voor een groot stuk gealigneerd met de belangen van een ondernemingsschuldeiser. Indien een zaakvoerder-vennoot opportunistisch schuift van zijn ondernemingsvermogen naar zijn persoonlijk vermogen, heeft een andere vennoot er belang bij om hiertegen op te treden. Ook de ondernemingsschuldeisers profiteren hiervan; de controle door deelgenoten onderling bij twee- of meerhoofdigheid is voor de ondernemingsschuldeisers een positieve externaliteit.

Er is geen zakenrechtelijke regel die belet dat de koopman 's avonds voor eigen rekening zijn voorraden opeet (zie nr. 8 ingeval de handelszaak bezwaard is met een pand). Indien de zaakvoerder van de maatschap dit doet (ook al is hij zelf medege-rechtigd) dan schendt hij zijn fiduciaire verplichtingen t.a.v. de maatschap/andere maten en riskeert hij te worden aangesproken door de andere maten. De maatschapsschuldeiser surft mee op deze controle door de maten.

De rigiditeit ten gevolge van regels die misbruik door vermogensafschieding willen voorkomen, is bij mede-eigenaars reeds noodzakelijk om misbruik tussen de mede-eigenaars zelf te voorkomen. *Qui a compagnon, a maître*. Elke vorm van mede-eigendom (in economische zin) zorgt daarmee voor een fiduciaire verhouding : zodra een tweede deelgenoot opduikt, worden de bevoegdheden van de vermogensbeheerder doelgebonden en voor hij het weet staat er een burggraaf of baron aan de deur om te leuren met een code inzake goed bestuur.

Opnieuw illustreert mede-eigendom dit. Een mede-eigenaar kan niet vrij beschikken over de onverdeelde goederen (art. 577-2, § 6 BW; art. 37 W.Venn). Mede-eigendom veronderstelt *interne* juridische regels om de gemeenschappelijke bestemming af te dwingen. Het recht "profiteert" daarvan om deze goederen ook *extern* af te schermen ten voordele van de gemeenschappelijke schuldeisers. Dit gebeurt zelfs in een onverdeeldheid zoals de onverdeelde nalatenschap, waar de gemeenschappelijke bestemming eerder zwak is (zie de onuitwinbaarheidsregel van art. 1561 Ger.W. die niet geldt voor de nalatenschapsschuldeisers)<sup>9</sup>.

## **B. TWEE- EN MEERHOOFDIGHEID VAN VENNOOTSCHAPPEN MET RECHTSPERSOONLIJKHEID**

**7. *Dancing with myself* (Billy Joel) : eenhoofdigheid bij vennootschappen met rechtspersoonlijkheid** – Het voorgaande kan als volgt worden samengevat : de voordelen van vermogensafschieding dringen zich veel meer op bij meerdere deelgenoten terwijl de nadelen ervan bij meerdere deelgenoten ook zonder vermogensafschieding reeds aanwezig zijn. Dit verklaart waarom de onderneming met één eigenaar (handelszaak) niet als afgescheiden vermogen is erkend en die met meerdere eigenaars (maatschap) wel.

---

9. J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 135, e.v., nr. 218 e.v.

De link tussen meerhoofdigheid en vermogensafschieding is echter geen noodzaak; de voordelen van vermogensafschieding kunnen ook hun belang hebben bij vermogens met één deelgerechtigde; pluraliteit van deelgerechtigden is geen noodzakelijke (noch voldoende) voorwaarde om de nadelen ervan te beperken.

Met de geleidelijke opkomst van boekhoudkundige verplichtingen en een juridisch armamentarium dat misbruik van vermogensafschieding tegengaat (bv., *ex multis*, een gesofisticeerd insolventierecht met een neutrale bewindvoerder, kapitaalbescherming als rem op onttrekking aan de vennootschap, strafbaarstelling van misbruik van vennootschapsgoederen), is de historische link tussen vermogensafschieding en meerhoofdigheid geleidelijk aan zwakker geworden. Het recht heeft andere en preciezere instrumenten ontwikkeld dan het meerhoofdigheidsgebod om op te treden tegen opportunistisch gedrag ten nadele van schuldeisers.

Niets belet dan ook principeel dat er eenhoofdige afgescheiden vermogens worden erkend. De E-BVBA is daarvan een voorbeeld (art. 211 W.Venn.)<sup>(10)</sup>. Voor de E-BVBA gelden wel allerlei beperkingen (enkel voor natuurlijke personen; in principe enkel maar één E-BVBA), maar indien die beperkingen niet worden nageleefd, leidt dit tot een verlies van beperkte aansprakelijkheid, niet tot een verlies van vermogensafschieding (art. 212-213 W.Venn.)<sup>(11)</sup>. Ook de NV kan eenhoofdig zijn (zij het enkel niet vanaf de oprichting). Ook daar is de sanctie op eenhoofdigheid het verlies van beperkte aansprakelijkheid terwijl de vermogensafschieding intact blijft (art. 646 W.Venn.).

Bovendien kan ook deze sanctie in de praktijk makkelijk worden vermeden door louter formele meerhoofdigheid : door het nemen van een tweede deelgenoot met een klein belang, en vaak onder de controle van de dominante deelgenoot. Dit wordt zelden of nooit als wetsontduiking of simulatie gekwalificeerd<sup>(12)</sup>. Dat is op zich reeds een indicatie dat de rechtsorde niet zwaar tilt aan het eenhoofdigheidsgebod. Bij gevallen waar simulatie wordt aangenomen, lijkt niet zozeer de fictieve meerhoofdigheid *an sich* het grote probleem te zijn, wel de geveinsde of bedrieglijke inbreng van goederen uit het persoonlijk vermogen van een vennoot<sup>(13)</sup>.

**8. Pleidooi voor een eenhoofdige VOF** – De beperkingen die er in het huidige recht zijn met betrekking tot het oprichten van eenhoofdige rechtspersonen, zijn wellicht meer verantwoord vanuit de beperkte aansprakelijkheid die deze vormen bieden, dan vanuit de vermogensafschieding. Hoewel beperkte aansprakelijkheid buiten het bestek van deze bijdrage valt, is het niet moeilijk om in te zien dat beperkte aansprakelijkheid problematischer is dan vermogensafschieding.

Een modern organisatierecht zou naar onze mening ook de mogelijkheid van eenhoofdige vermogensafschieding zonder beperkte aansprakelijkheid moeten aanbieden. De meest eenvoudige wijze om dit te implementeren is door een wetswijziging waarbij zou worden toegelaten dat een VOF wordt opgericht met één vennoot. Dit laat toe dat een ondernemer (met een burgerlijk of handelskarakter) zijn ondernemingsvermogen afschermt van zijn louter persoonlijke schuldeisers, zonder dat zijn persoonlijk vermogen wordt afgeschermd van de ondernemingsschuldeisers. Een gelijkaardig voorstel werd reeds in 1996 geformuleerd door minister-president Kris Peeters, toen voorzitter van het NCMV (nu : Unizo), op een studiedag van Jura Falconis over de KMO<sup>(14)</sup>.

Een revolutionair voorstel is dit niet :

10. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 87, nr. 133.

11. Zie voor de juiste nuance : K. GEENS, M. WYCKAERT, C. CLOTTENS, F. PARREIN, S. DE DIER, S. COOLS, F. JENNÉ en A. STEENO, "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1999-2010)", *TPR* 2012, 561-562.

12. Zie scherp : W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Brussel, Story, 271, nr. 95; J. VAN RYN, "La société unipersonnelle dans le cadre du droit des sociétés et du droit de l'entreprise", *JT* 1988, 241 e.v.

13. Zie K. GEENS en M. WYCKAERT m.m.v. C. CLOTTENS, F. PARREIN en S. DE DIER, *De vennootschap*, A, *Algemeen deel*, Kluwer, 2011, 326, e.v.

14. K. PEETERS, "Enkele beleidsmatige beschouwingen", in *Juridische actualiteit omtrent de KMO*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1996, 204.



1./ Ook indien nu de beperkingen die gelden voor een E-BVBA niet worden nageleefd, leidt dit “enkel” tot verlies van beperkte aansprakelijkheid. De vermogensafschieding blijft intact. Een eenpersoons-VOF geeft dezelfde resultaten, maar biedt derden meer duidelijkheid en zekerheid omtrent hun verhaalsrechten.

2./ Bovendien zijn wellicht onder het huidige recht reeds heel wat commanditaire vennootschappen enkel formeel tweehoofdig, met één werkende vennoot en één stille (niet-aansprakelijke) vennoot met slechts een kleine inbreng en met verwaarloosbare economische en lidmaatschapsrechten. Van zulke formeel tweehoofdige Comm. V naar de eenhoofdige VOF is de stap bijzonder klein.

3./ Een andere manier om naar een eenhoofdige VOF te kijken, is als een vorm van een “pand op handelszaak”. De figuur van het pand op de handelszaak laat toe dat een schuldenaar met een schuldeiser een overeenkomst afsluit waarbij die schuldeiser voorrang krijgt boven andere schuldeisers. De figuur van de eenhoofdige VOF zou dezelfde voorrang bieden, maar dan automatisch aan alle schuldeisers van een bepaalde categorie (de vennootschapsschuldeisers).

Deze eenhoofdige VOF heeft daarbij alvast dit vóór op het pand op de handelszaak dat het de onvrijwillige schuldeisers, zoals slachtoffers van een onrechtmatige daad, minder in de kou laat staan. Een klassiek conventioneel zakelijk zekerheidsrecht maakt het mogelijk onvrijwillige schuldeisers achter te stellen, zonder dat ze in ruil daarvoor een prijs kunnen onderhandelen; hetzelfde nadeel treft kleine vrijwillige schuldeisers voor wie het weinig zinvol is om te controleren of er een pandhoudende schuldeiser is<sup>(15)</sup>. In een vennootschap daarentegen hebben ook de onvrijwillige vennootschapsschuldeisers automatisch voorrang op persoonlijke schuldeisers. Of een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad daarbij wordt toegerekend aan het afgescheiden vermogen, wordt bepaald door een objectief criterium (bv. orgaantheorie of verkeersopvattingen)<sup>(16)</sup>. Dit vermindert sterk het risico op het opportunistisch schuiven met deze passiva.

Het voorbeeld van het pand illustreert dat één noodzakelijke voorwaarde voor eenhoofdige vermogensafschieding een adequate publiciteit is, die duidelijk maakt dat er een afgescheiden vermogen is en die toelaat te identificeren welke activa en passiva behoren tot dit afgescheiden vermogen. Daarom is een eenhoofdige VOF (onderworpen aan het publiciteitsregime van het W.Venn.) veel meer aangewezen dan een eenhoofdige maatschap (zonder een geregeld publiciteitsregime)<sup>(17)</sup>.

De andere prijs voor eenhoofdige vermogensafschieding is uiteraard dat de vrijheid (in juridische termen : beschikkingsbevoegdheid) van de handelaar over het beheer van zijn handelszaak hierdoor noodzakelijkerwijs zal moeten worden ingeperkt<sup>(18)</sup>. Bij een verhaalsvoorrang van handelsschuldeisers op handelsgoederen zorgt een verschuiving van handelsvermogen naar persoonlijk vermogen immers voor een benadeling van de handelsschuldeisers. Ook de zaakvoerder van een eenhoofdige vennootschap moet handelen in het vennootschapsbelang en kan misbruik van vennootschapsgoederen plegen. Dit op zich is reeds een indicatie dat het vennootschapsbelang niet louter tot het aandeelhoudersbelang kan worden herleid, maar ook gekleurd wordt door de belangen van de vennootschapsschuldeisers.

---

15. Wellicht verklaart dit heel wat gevallen van bankiers- en bestuursaansprakelijkheid.

16. Zie over deze criteria o.a. J. VANANROYE, “Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties”, *TPR* 2004, 753 e.v.; J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 590 p. en S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 531 p.

17. Waarmee niet gezegd is dat een maatschap géén publiciteit kent; een openbare maatschap treedt immers als maatschap op in het rechtsverkeer. In een maatschap zonder enige publiciteit, een stille vennootschap, is er geen vermogensafschieding, ondanks de meerhoofdigheid. Zie o.a. R. SALEILLES, “Etude sur l’histoire des sociétés en commandite”, *Annales de droit commercial*, 1895, 32-33; P. DEMEUR, “De l’existence d’un patrimoine social dans les associations en participation”, *RPS* 1924, 326; H. SWENNEN, *Juridische vormgeving van vastgoedbeleggingsfondsen en vastgoedcertificaten*, proefschrift Leuven, 1972, II, 136, nr. 162 en J. VANANROYE, “Over stille en openbare maatschappen”, *TPR* 1999, 1483-1494.

18. Zie G. TRIANTIS, “Organizations as Internal Capital Markets : The Legal Boundaries of Firms, Collateral and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises”, *Harv. L. Rev.* 2004, 1102, e.v.

Dit is overigens niet anders voor het eigenlijke pand op de handelszaak : “Hij die zijn handelszaak in pand heeft gegeven, wordt door het feit zelf der inpandgeving, tot bewaarder van de bestanddelen van het pand aangesteld” (art. 8 Wet Pand Handelszaak). Bedrieglijke vervreemding of verplaatsing van bestanddelen wordt daarbij strafbaar gesteld als misbruik van vertrouwen.

**9. Vereenvoudiging overdracht activiteiten** – Een ander voordeel van een eenhoofdige VOF is dat het zou toelaten om een bepaalde activiteit later op een eenvoudige manier over te dragen door een overdracht van het aandeel in de VOF (*share deal*) in plaats van door een ingewikkelde overdracht van activa en passiva (*asset deal*)<sup>(19)</sup>.

Recente literatuur suggereert dat een belangrijke bestaansreden van 100 %-dochtervennootschappen er net in bestaat om de latere overdracht van delen van de ondernemingsactiviteit te vergemakkelijken<sup>(20)</sup>. Een eenhoofdige VOF biedt hetzelfde resultaat zonder de zwaardere oprichtings- en onderhoudskosten van een volkomen rechtspersoon.

**10. Zijn strengere volstortingsverplichtingen voor een E-BVBA verantwoord ?** – Zoals bekend zijn sinds 2004 de volstortingsverplichtingen strenger in een eenpersoons-BVBA vergeleken met een twee- of meerhoofdige BVBA (art. 223 W.Venn.). Dit onderscheid werd door het Grondwettelijk Hof als verantwoord geacht, o.a. omdat eenhoofdigheid meer risico's inhoudt op fraude<sup>(21)</sup>.

Uit het voorgaande blijkt dat het inderdaad zo is dat eenhoofdigheid meer risico's inhoudt op fraude, in het bijzonder ten nadele van schuldeisers. Er zijn dan immers geen andere deelgenoten die mekaar of de dominante deelgenoot of het bestuur controleren. Toch passen twee kritische bedenkingen.

Ten eerste is het verschil enkel significant indien een eenhoofdige vennootschap wordt vergeleken met een twee- of meerhoofdige vennootschap waarbij het aandeel van de andere aandeelhouders voldoende groot is om een prikkel te hebben om de hoofdaandeelhouder te controleren. Tussen een eenhoofdige en louter formele tweehoofdige vennootschap is het verschil op dit punt verwaarloosbaar.

Een tweede kritische kanttekening betreft de aard van de maatregel. Ongetwijfeld zijn er veel betere profylactische maatregelen denkbaar dan de verhoging van het minimaal volstortingsbedrag<sup>(22)</sup>. Voor de fraudebeluste enige vennoot zal dit immers nauwelijks een extra horde opwerpen voor zijn snode plannen. Dat de wetgever toch deze route heeft gebruikt, wijst er wellicht op dat niet het voorkomen van misbruik voorop stond, wel het verhogen van de praktische drempel voor het gebruik van een vennootschap om fiscale redenen.

**11. Alternatieven voor bestaande eenhoofdigheidsregels** – Indien de wetgever nog overtuigd zou zijn van de zinvolheid van de huidige eenhoofdigheidsverboden en -beperkingen, is er een meer rationele manier om hier te reguleren.

Het zou veel zinvoller zijn om strengere vereisten op te leggen voor vennootschappen met één aandeelhouder die (alleen of samen met verbonden vennootschappen) een zeer hoog aandeel in het maatschappelijk kapitaal heeft. Dit vermijdt regels die makkelijk ontweken kunnen worden door formele meerhoofdigheid.

---

19. Zie J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 19, nr. 33 en 116, nr. 190.

20. H. HANSMANN en K. AYOTTE “Legal Entities as Transferable Bundles of Contracts”, 2012, ([http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3597](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3597)).

21. GwH 16 december 2010, *JDSC* 2011, 43, noot M. COIPEL, *TBH* 2011, 260.

22. Zie D. BRULOOT, *Schuldeisersbescherming in het vennootschapsrecht*, proefschrift Gent, 2012, 627 p.

Het zou bij het bepalen van die drempel zinvol kunnen zijn om daarbij de drempels voor bepaalde rechten van minderheidsaandeelhouders te spiegelen (bv. 90 % o.w.v. de 10 %-drempel voor de minderheidsvordering in art. 290 W.Venn.; of 99 % o.w.v. de 1 %-drempel voor het vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek in art. 168 W.Venn.).

Het aantal minderheidsaandeelhouders (één of meerdere) is daarbij niet van belang. Of correcter : meerhoofdigheid *binnen* het minderheidspakket is net een groter risico dan eenhoofdigheid, omdat dit in hoofde van de minderheidsaandeelhouders de prikkel vermindert om zelf de meerderheidsaandeelhouder te controleren. Een dominante aandeelhouder met 90 % en één kleine aandeelhouder met 10 % biedt meer garanties op controle dan een dominante aandeelhouder met 90 % en 10 kleine aandeelhouders met 1 % (zie over “rationele apathie” verder o.a. nr. 20).

## C. MEERHOOFDIGHEID IN HET RELATIERECHT : HET MEERPARTIJEN-HUWELIJK EN DE KLOOSTERVERENIGING

**12. ‘Two’s company, three’s a crowd’ : het meerpactijenhuwelijk** – Waar het vennootschapsrecht met een minimum ledenaantal werkt, werkt het huwelijksrecht met een maximaantal. Een meerpactijenhuwelijk wordt vooralsnog niet toegelaten.

Voor alle duidelijkheid : we spreken hier niet over traditionele polygamie of het strafrechtelijk verboden “dubbel huwelijk” (art. 391 Sw.), waar één echtgenoot (traditioneel een man) afzonderlijke huwelijksbanden heeft met meerdere andere echtgenotes (traditioneel vrouwen), zonder dat deze echtgenotes onderling door een huwelijksband verbonden zijn<sup>(23)</sup>. We onderzoeken hier wel een maritale meerpactijenovereenkomst, waarbij elke echtgenoot een huwelijksband heeft met elk van de andere echtgenoten. Dit wordt soms ook “groepshuwelijk” genoemd<sup>(24)</sup>.

Traditionele polygamie kan vergeleken worden met een vennoot die in verschillende concurrerende vennootschappen vennoot is. Het meerpactijenhuwelijk kan vergeleken worden met één vennootschap met drie of meerdere vennoten.

Het is niet zo vanzelfsprekend om te argumenteren waarom een huwelijk met drie (of meer) echtgenoten niet is toegelaten<sup>(25)</sup>. Tot tien jaar geleden was het bezwaar hier tegen dat enkel personen van een verschillend geslacht door een huwelijksband verbonden konden worden. Aangezien er slechts twee geslachten zijn, beperkte dit noodzakelijkerwijze het ledenaantal in een huwelijksvereniging tot twee. Sinds 2003 is het verplicht genderverschil in het huwelijksrecht opgeheven en is daarmee ook dit, eerder technisch bezwaar, tegen een meerpactijenhuwelijk weggevallen<sup>(26)</sup>.

Men zou kunnen opwerpen dat traditie en religie een belangrijke rol spelen in de voorkeur voor een tweehoofdige relatie. Maar dit biedt geen antwoord op de vraag *waarom* de traditie en religie méér zielen niet méér deugd vinden. Als traditionele opvattingen duurzaam samenleven met twee hoger waarderen dan solitair leven<sup>(27)</sup>, waarom wordt dan een echtvereniging met drie of meer verboden ? Wat maakt twee de kritische grens ?

23. Zie voor een economische analyse daarvan, R. POSNER, *Sex and reason*, Harvard University Press, 1992, 253 e.v.

24. R. CLIQUET, “Sociobiologie van het gezin” in *Het gezinsrecht in de sociale wetenschappen*, Den Haag, VUGA, 1997, 26.

25. Zie ook F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 410, nr. 683.

26. In een driepactijenhuwelijk geeft dit, in willekeurige volgorde, vier mogelijke constellaties : M/M/M, V/V/V, V/M/M en V/V/M.

27. Tenminste voor seksueel actieve personen. Wat het Nieuwe Testament betreft, is het wellicht correcter te stellen dat de voorkeur uitgaat naar het celibatair leven, terwijl het huwelijk meer een *second best* oplossing is ter voorkoming van ontucht. Zie 1 Kor. 7:8-9 : “Maar tot de ongehuwden en de weduwen zeg ik : Het is goed voor hen, indien zij blijven, zoals ik. Indien zij zich echter niet kunnen beheersen, laten zij dan trouwen. Want het is beter te trouwen dan van begeerte te branden”. Zie ook Lukas 20:34-36 en Matteus 22:30 : mensen die in de nieuwe wereld zullen opstaan zullen niet huwen en als engelen zijn.

We willen deze vraag via een omweg behandelen door eerst te vergelijken met de kloostervereniging (een duurzaam meerpartijenverband zonder geslachtelijke omgang) en met groepsseks (een tijdelijk meerpartijenverband met geslachtelijke omgang).

### 13. “Waar twee of drie in mijn naam aanwezig zijn” : de kloostervereniging –

Een kloostergemeenschap kan gezien worden als een met een huwelijk vergelijkbaar duurzaam verband, waar de deelgenoten samen hof en huis houden en economisch een eenheid vormen. Ook al is het woord “monnik” verwant met het Griekse *μοναχος* (eenzaam), toch hebben kloostergemeenschappen de roeping om uit meer dan twee deelgenoten te bestaan<sup>(28)</sup>.

Het hoeft geen betoog dat deze samenlevingsvorm een hoge waardering krijgt in de traditionele religieuze moraal. Na een sterke aarzeling in de 19de eeuw, is het ook in het huidige burgerlijk recht onbetwist dat de kloostervereniging toegelaten is en op juridisch afdwingbare wijze vorm kan krijgen<sup>(29)</sup>.

Wat verklaart het verschil op vlak van waardering van meerhoofdigheid tussen de kloostervereniging en de huwelijksvereniging ?

Intuïtief ligt het voor de hand om de verklaring voor het verschil te zoeken in de aanwezigheid of afwezigheid van geslachtsbetrekkingen. In het huwelijk zijn seksuele relaties gebruikelijk, minstens toegelaten. In kloostergemeenschappen zijn ze minder gebruikelijk, minstens niet toegelaten<sup>(30)</sup>. Dit speelt wellicht een zekere rol. De rol van seks in dit verhaal is echter verre van eenduidig. Zo zou meerhoofdigheid ook grote voordelen bieden in huwelijksverenigingen : het vermindert de *search costs* voor echtelijke seksuele betrekkingen aanzienlijk en maakt wellicht dat er minder nood is aan buitenechtelijke betrekkingen<sup>(31)</sup>. Ook voor deelgenoten met een bisexuele preferentie, biedt een meerpartijenhuwelijk evidente voordelen<sup>(32)</sup>.

We denken dan ook dat de hoofdreden voor het tweehoofdigheidsgebod elders ligt (zie nr. 15 en nr. 17). Eerst willen we kijken naar het spiegelbeeld van de kloostervereniging : groepsseks. Meerhoofdigheid en seksuele relaties worden hier immers wél gecombineerd.

### 14. ‘Two’s company, three’s a party’ (A. Warhol) : tijdelijke seksuele relaties met meerdere partijen –

Ook seksuele betrekkingen buiten een duurzame relatie kunnen gebeuren in één-, twee- of meerhoofdig verband. In de hypothese van meerhoofdige betrekkingen is er net als in een kloostervereniging een meerhoofdige gemeenschap, maar deze is zeer tijdelijk en heeft een ander, beperkter doel.

Wat is hier de rechtswaardering van ? Een zoektocht in de juridische database Jura op “groepsseks” levert slechts een drietal hits op<sup>(33)</sup>. Het Hoogste Hof oordeelde in 1994 dat de feitenrechter naar recht kon oordelen dat art. 383 Sw. geschonden werd door de verspreiding en het in voorraad houden met het oog op de handel, van afbeeldingen - vaak in close-up - van groepsseks en dergelijke<sup>(34)</sup>. Dit is naar onze mening geen doorslaggevend precedent voor onderhavige vraag. Het afbeelden van een praktijk kan niet gelijk worden gesteld met het participeren in een praktijk. Bovendien werden

28. We hebben het hier enkel over cenobieten, die in gemeenschap leven. Daarnaast zijn er nog heremieten die in afzondering leven. Bij ons weten kent het kerkelijk organisatierecht geen tweehoofdige vorm voor religieuzen.

29. Zie hierover J. VANANROYE, *Morele wezens en wetsonduikende monniken*, Antwerpen, Intersentia, 2012.

30. Dit is ook de stelling van de Nederlandse Hoge Raad in twee zaken rond de ‘Kloosterorde van de Zusters van Sint-Walburga’, een Amsterdamse seksclub die onder de mantel van godsdienstuitoefening tevergeefs trachtte te ontsnappen aan politieke controle. De Hoge Raad oordeelde o.a. dat verrichtingen “die van seksueel-erotische aard zijn en zich richten op een publiek dat is geïnteresseerd in seksclubs en wat daarmee verwant is, in het maatschappelijk verkeer niet als verrichtingen van religieuze aard worden beschouwd” (HR 22 maart 1989, BNB 1990, 161); geciteerd in de aanbevelenswaardige studie van J. VRIELINK, “Religie tussen definitie en divinatie. Over de Rokerskerk, Satanistische Zusters en Onzichtbare Roze Eenhoorns”, *NjW* 2013, ter perse.

31. Zie over het belang van zoekkosten bij seksueel gedrag : R. POSNER, *Sex and reason*, 119 e.v.

32. Zie L. LABOSSE, in *Le Monde*, 18 mei 2012 : “Le mariage monogame est donc ‘biphobe’”.

33. Onderzoek met een niet-juridische zoekrobot leverde dan weer veel valse resultaten op en werd daarom voortijdig afgebroken.

34. Cass. 15 maart 1994, *AC* 1994, 262, *Pas.* 1994, I, 261, *R. Cass.* 1994, 248, noot G. VERMEULEN. Noch het arrest *a quo* noch het cassatie-arrest gaan in op de kwestie hoe groepsseks in close-up kan worden afgebeeld.

in de motivatie een reeks andere seksuele praktijken geïdentificeerd, zonder dat wordt gepreciseerd of de goede zeden geschonden worden door (het afbeelden van) één zulke praktijk dan wel door de cumulatie ervan. Uit recentere uitspraken van bodemrechters kan bovendien worden afgeleid dat de actuele opvattingen over goede zeden groepsseks toelaten, in ieder geval alvast in Luik<sup>(35)</sup> en Kortrijk<sup>(36)</sup>.

De conclusie is dan wellicht ook dat tijdelijke seksuele relaties met meerdere partijen rehtens worden toegelaten. Het is op het eerste gezicht paradoxaal dat het recht strenger lijkt voor meerhoofdige occasionele seksuele relaties dan voor een meerhoofdig duurzaam seksueel-affectief verband.

Het duurzaam karakter zorgt echter voor problemen van *governance* (nr. 15) en afdwinging (nr. 17) die er veel minder zijn bij een tijdelijk verband. Voor de vennootschapsjurist is het overigens niet zo verwonderlijk dat het tijdelijk karakter van een verhouding maakt dat het recht coulanter daarmee omgaat : ook onder het oude regime van vóór 1995 van de “onregelmatige VOF” voor commerciële vennootschappen die zonder de nodige formaliteiten waren opgericht, ontsnapten tijdelijke vennootschappen aan de sancties die golden voor openbare en duurzame verhoudingen. Ook de sanctionering van het *concubinage notoire* was vroeger soms strenger dan die van de occasionele geslachtelijke omgang<sup>(37)</sup>.

### 15. Moeder-overste en het *ménage à trois* : *governance* in huwelijk en klooster

De sleutel voor de verschillende juridische normering van het maximum aantal leden in een huwelijk, een vennootschap en een kloostervereniging ligt naar onze mening in de eerste plaats in de verschillende problemen die meerhoofdigheid stelt voor besluitvorming in deze organisaties.

In een organisatie zoals het huwelijk met twee deelgenoten en zonder bestuursorgaan, zijn er drie grote *governance* opties : (i) deelgenoten kunnen enkel gezamenlijk beslissen (d.w.z. elke deelgenoot heeft een vetorecht); (ii) elke deelgenoot kan alleen beslissen (concurrentiële bevoegdheid) en (iii) één echtgenoot kan alleen beslissen (exclusieve bevoegdheid).

Het actuele huwelijksrecht maakt vooral gebruik van een mengeling van de tweede en de eerste optie : concurrentieel bestuur (bv. art. 1416 BW) en gezamenlijk bestuur (bv. art. 1417 al 2, 1418 en 1419 BW). Exclusief bestuur is maar zeer uitzonderlijk de regel (bv. art. 1417 al. 1 BW). Zelfs het exclusief bestuur van het eigen vermogen van een echtgenoot is onderworpen aan de dwingendrechtelijke medebeslissingsrechten van het primaire huwelijksstelsel (bv. art. 215, 217, 221 en 224 BW).

Historisch gezien is nochtans de derde optie de meest voorkomende vorm van *marital governance* : één *managing spouse* die exclusief bestuursbevoegd is. Vóór de wijzigingen van 1958 en 1976 werd het huwelijk(svermogen) exclusief bestuurd door één (de mannelijke) echtgenoot (“hoofd van de echtvereniging”), met nauwelijks *governance* rechten voor de andere (vrouwelijke) echtgenote die door het huwelijk onbekwaam werd<sup>(38)</sup>. Deze hervormingen kwamen er overigens niet zonder grote weerstand, vanuit het idee dat een schip met twee kapiteins onbestuurbaar is<sup>(39)</sup>. De notie “gezinshoofd” is daardoor ook nu nog altijd niet volledig uit onze rechtscultuur verdwenen.

Louter vanuit efficiëntie-overwegingen biedt het systeem van exclusief bestuur door één echtgenoot veel voordelen. Unanimititeit kan immers makkelijk tot een blokkerings-situatie (*deadlock*) leiden, waarbij noodzakelijke beslissingen niet genomen worden.

35. Corr. Luik 23 april 2009, *JLMB* 2010, 121.

36. Corr. Kortrijk 30 april 2002, *TWVR* 2002, 30, noot.

37. H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, Gent/Leuven, Story, 1971, 28 e.v.

38. G. BAETEMAN, *De hervorming van het huwelijksgoederenrecht in West-Europa*, I, Brussel, 1964, 52-53. Eén van de erg weinige uitzonderingen was dat de echtgenote gemeenschapsgoederen kon vvreemden om haar man uit de gevangenis te verlossen (oud art. 1427 BW).

39. Zie bv. van een raadsheer in het Hof van Cassatie : J. RUTSAERT, “La destruction de la famille par la loi”, *JT* 1958, 69 e.v.

Concurrentieel bestuur is ook niet evident efficiënt doordat de deelgenoten mekaar kunnen tegenwerken of niets doen vanuit een vrijbuitersgedrag (*free riding*).

Het valt makkelijk in te zien dat hoe meer leden een huwelijk zou tellen, hoe moeilijker het zou zijn om te werken met concurrentieel bestuur of unanimiteit als basisregels (zie ook nr. 22). Tien zaakvoerders die unaniem moeten beslissen of die elk apart dezelfde bevoegdheid concurrentieel kunnen uitoefenen, is onwerkbaar<sup>(40)</sup>.

De oplossing voor de *governance* problemen bij meerhoofdigheid zou erin kunnen bestaan om één of een beperkt aantal echtgenoten tot zaakvoerders van de huwelijksvereniging aan te duiden. (De optie van een externe bestuurder onderzoeken we hier niet). Een *ménage à trois* (of meer) zal enkel werkbaar zijn indien er een “moeder-overste” (m/v) is; niet enkel in feite, maar ook in rechte. Niets anders dus dan een terugkeer naar het “schip met één kapitein” van vóór de modernisering van het huwelijksvermogensrecht (maar zonder de oude genderdiscriminatie). Dit botst echter met eigentijdse opvattingen omtrent de gelijkwaardigheid en persoonlijke autonomie van echtgenoten.

Bij een meerhoofdige organisatie is er nog een vierde optie : een meerderheidsregel. Ook dit is geen aantrekkelijke optie voor een huwelijk. Ten eerste zou dit veronderstellen dat er een algemene vergadering wordt ingesteld, wat misschien niet het meest geschikte orgaan is voor het soort beslissingen dat in een huwelijk moet worden genomen<sup>(41)</sup>. Verder zou het weinig benijdenswaardig zijn om minderheidsechtgenoot te zijn in een meerpartijenhuwelijk waarbij een meerderheid van andere echtgenoten in onderling overleg handelen.

De correlatie tussen het aantal leden en een sterk management blijkt omgekeerd in kloosterverenigingen. Daar is de doelstelling dat er veel leden zijn en is de abt een autocratische manager, met nauwelijks of geen inspraakrechten voor de deelgenoten<sup>(42)</sup>. Het groot *agency problem* dat hierdoor in hoofde van de abt bestaat, wordt gemilderd in geval van een sterke religieuze overtuiging. Een gelovige abt die zijn rationeel eigenbelang nastreeft, zal immers ook rekening houden met utiliteit die pas in het hierna maals haar beslag krijgt<sup>(43)</sup>. Zolang de abt ervan overtuigd is dat hij te maken heeft met een alwetende en feilloze principaal zonder monitoring kosten, is dit een bijzonder efficiënt *governance* systeem (al zal het lijden onder de problemen die de moderne gedragspsychologie heeft geïdentificeerd met het uitstel van straffen en beloningen<sup>(44)</sup>).

Los daarvan geldt ook hier dat deze organisatievorm botst met moderne westerse verwachtingen omtrent persoonlijke autonomie. De monastieke optie heeft dan ook weinig succes en kan niet bepaald het Delaware van het moderne organisatielandschap worden genoemd.

Niet enkel treden weinig nieuwe leden toe tot kloosterverenigingen, bovendien zijn ook de afgelopen decennia heel wat leden uitgetreden. Het is niet toevallig dat rechterlijke uitspraken op dwingende wijze voorschrijven dat kloosterlingen die een grote inbreng hebben gedaan bij intreding ook recht hebben op een scheidingsaandeel, dit in afwijking van het gemeen verenigingsrecht<sup>(45)</sup>. Net omdat de leden nauwelijks *governance* rechten hebben, dient hun recht om te “stemmen met de voeten” ten volle te worden gevrijwaard<sup>(46)</sup>.

40. C. CLOTTENS, *Proportionaliteit van stemrecht en risico in kapitaalvennootschappen*, Antwerpen, Biblo, 2012, 224, nr. 252.

41. Zie ook F. HELLEMANS, *De algemene vergadering*, 30, nr. 10 e.v. over het beperkt nut van de AV in een kleine personenvennootschap.

42. Zie de *Regel van Benedictus*, hoofdstuk V, 12 : “Zij leven dan ook niet naar eigen inzicht en geboorzamen niet aan hun eigen verlangens en begeerten, maar laten zich leiden door het oordeel en de bevelen van een ander : zij leven in kloosters en verlangen onder een abt te staan”.

43. Zie de *Regel van Benedictus*, hoofdstuk II, 37-38 : “De abt moet goed weten dat het de berder zal worden aangerekend, als de huisvader enig tekort in de opbrengst van zijn schapen zou ontdekken. [...] Hij wete dus, dat wie de leiding van zielen op zich neemt, zich klaar moet maken om rekenschap te geven”. Vgl. met de zeer vergelijkbare verplichtingen van de lasthebber in art. 1993 en 1996 BW.

44. Zie o.a. D. KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, Londen, Penguin, 2011.

45. J. VANANROYE, *Morele wezens en wetsonthullende monniken*, Antwerpen, Intersentia, 20, nr. 16.

46. Zie over de band tussen *voice* en *exit* S. COOLS, “The real difference in corporate law between the US and continental Europe : distributions of powers”, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2005, 753.

Er is weinig verbeelding of levenservaring nodig om in te zien dat groepsseks ook aanleiding kan geven tot een ingewikkelde *nexus of contacts*. Het tijdelijk karakter en het beperkt doel maakt echter dat hier problemen van besluitvorming minder nijpen. Het hoeft dan uiteindelijk ook niet te verbazen dat deze vorm van meerhoofdigheid juridisch minder wordt tegengewerkt dan een meerpartijenhuwelijk.

**16. Kinderen als aandeelhouders zonder stemrecht** – Bij de bespreking van het huwelijk zijn we tot nu toe wat te kort door de bocht gegaan door het enkel over de echtgenoten te hebben. Een typisch gezin heeft immers nog andere leden, zoals kinderen.

Deze leden hebben echter, net zoals de gewone leden van een kloostervereniging, typisch geen *governance* rechten. In de huwelijksvereniging zijn kinderen aandeelhouders zonder stemrecht. De utiliteit die jonge kinderen aan persoonlijke autonomie hechten, weegt niet op tegen de voordelen die het gezin biedt. Dat is een belangrijk verschil met de kloostervereniging tussen volwassenen (waar het overigens interessant is om op te merken dat er een terminologie gebruikelijk is die verwijst naar de familie, zoals “vader abt” of “moeder-overste”). Ook in de moderne samenleving blijft het klassieke kerngezin daarom, anders dan de kloostervereniging, een populaire organisatievorm.

Het is significant dat in periodes dat de familiale organisatievorm vergeleken met vandaag uit meer en uit oudere samenlevende personen bestond, typisch ook de bestuursbevoegdheden van de (toen nog exclusief) besturende echtgenoot veel verder gingen. Zo voorzag art. 375 e.v. van de *Code civil* van 1804 onder meer dat de vader met *sujets de mécontentements très-graves* over het gedrag van een kind de rechtbank kon verzoeken om een ongemotiveerd arrestatiebevel lastens dit kind. Menig zaakvoerder in een meerhoofdige vennootschap zal met afgunst naar deze wijze van geschillenregeling kijken. Dit brengt ons terug van het huwelijk naar de vennootschap.

**17. “t Moet al een ruige hond wezen, die twee nesten warm houden kan” : diversificatie en niet-concurrentieverplichtingen bij huwelijk en vennootschap**

De *governance* problemen die we geïdentificeerd hebben bij het meerhoofdig huwelijk (nr. 15) zijn identiek in een vennootschap met meerdere vennoten. Ook in de vennootschap leidt meerhoofdigheid tot *governance* problemen die enkel kunnen worden opgelost door het instellen van een meerderheidsregel en/of een bestuursorgaan met een corresponderend verlies van autonomie in hoofde van de deelgenoten tot gevolg.

Toch kent het vennootschapsrecht anders dan het huwelijk geen tweehoofdigheidsgebod of enige maximumgrens. Waarom ?

Dit heeft te maken met de verschillende inbreng bij huwelijk en bij vennootschap. De investering van een vennoot is in de regel immers veel minder groot dan in een huwelijk. De nadelen van het verlies van autonomie door het opgeven van een vetorecht (door een meerderheidsregel of het instellen van een sterk bestuursorgaan) zijn daardoor minder erg voor een vennoot dan voor een echtgenoot.

De vennoot kan hierdoor zijn investeringen ook spreiden over verschillende andere vennootschappen en ondernemingen. Meerhoofdigheid op zich maakt een grote diversificatie overigens net mogelijk, doordat het vergemakkelijkt dat een vennoot vele kleine aandelen in meerdere vennootschappen heeft (hoger in nr. 5 bleek reeds hoe vermogensafscheiding dit faciliteert).

Bij affectieve relaties is het veel moeilijker om een gediversifieerde portefeuille uit te bouwen. Er zijn juridische regels die dit verhinderen, zoals het verbod op bigamie en de sanctionering van overspel. De rechtsorde acht de investering vereist in een huwelijksvereniging onverenigbaar met een investering in een gelijkaardige onderneming. De overspelige of bigamerende echtgenoot wordt automatisch geacht tekort te schieten aan zijn inbrengverbintenissen in zijn eerste affectieve relatie.

Ook bij duurzame affectieve relaties waar er geen expliciet wettelijk verbod bestaat op concurrerende activiteiten, is zulke diversificatie praktisch zeer problematisch vanuit het intensief karakter van de vereiste investeringen<sup>(47)</sup>. De inbreng heeft er een groter “alles-of-niets” gehalte. Anekdotisch bewijs suggereert dat *un deuxième bureau* wel eens pleegt voor te komen, maar een derde, vierde of vijfde al weer veel minder.

Besloten vennootschappen waarbij deelgenoten een moeilijk te diversifiëren inbreng doen (bv. omdat ze er hun hoofdberoep in uitoefenen of er onbeperkt voor aansprakelijk zijn) lijken in veel opzichten meer op een huwelijksvereniging dan op een typische beursgenoteerde vennootschap. Het aantal deelgenoten is er klassiek beperkt en kan enkel worden vergroot met ieders toestemming (art. 38 W.Venn.); de deelgenoten hebben er concurrentiële bevoegdheden en vetorechten (art. 36 W.Venn.) of minstens toch een sterkere controle op het management; ze zijn typisch gebonden door, met het verbod op bigamie en overspel vergelijkbare, niet-mededingingsverplichtingen (art. 24 W.Venn.)<sup>(48)</sup>.

**18. ‘Money makes the world go round’ : winstoogmerk vs. gezinsbelang** – De *governance* van een vennootschap wordt ook vergemakkelijkt door het winstoogmerk van deze vennootschapsvorm, wat wellicht ook meespeelt om meerhoofdigheid toe te laten.

Het winstoogmerk zorgt voor een eenvoudige standaard waaraan de handelingen van een bestuursorgaan of deelgenoten kunnen worden getoetst. Dit vermindert aanzienlijk de monitoring kosten binnen een vennootschap.

Dat is overigens een belangrijk element in het “*stakeholders vs. shareholders*”-debat, die eindeloze carrousel waarop vennootschapsjuristen onvermoeibaar rondjes blijven draaien. Moet het vennootschapsbelang, als norm waaraan het gedrag van insiders zoals bestuurders wordt getoetst, begrepen worden als het maximaliseren van de winst van aandeelhouders (en schuldeisers - zie hoger nr. 8) of dienen ook andere belangen in rekening te worden gebracht ?

Een simpele invulling van het vennootschapsbelang in termen van de winstmaximalisatie van aandeelhouders en schuldeisers maakt het makkelijker om bestuurders te controleren en tot rekenschap te roepen. Een enge norm is een scherpe norm. Een brede invulling van het vennootschapsbelang waarbij ook andere, vaak vage en tegenstrijdige, belangen in rekening worden gebracht, leidt tot een bot instrument. Een ruime invulling van het vennootschapsbelang verhoogt daardoor ook het risico dat bestuurders die hun bevoegdheid wensen te misbruiken voor hun eigen belang, hiervoor een verantwoording kunnen vinden in een deelaspect van een ruim vennootschapsbelang. Iedere praktizijn weet dat als bij een bepaalde beslissing of verrichting het vennootschapsbelang omstandig wordt gemotiveerd met verwijzing naar een grote kring van stakeholders, de kans groot is dat een deel of het geheel van de aandeelhouders of schuldeisers wordt bezwondeld<sup>(49)</sup>.

In een huwelijk is een eenvoudige toetsingsnorm in elk geval onmogelijk. Iedereen zal het er wellicht mee eens zijn dat het in het huwelijk niet enkel gaat om een geldelijk begrepen winstbelang. Dat maakt het “gezinsbelang” onvermijdelijk een moeilijk te toetsen begrip. Wat is bv. het belang van het kind ? Hoe moet dit belang worden afgewogen tegen andere belangen ? Welke utiliteit moet geplakt worden op de vuilbak

47. Overigens kan ook bij een feitelijke samenwoning een wanprestatie juridisch worden gesanctioneerd op grond van het gemeen overeenkomstenrecht, zie F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 505, nr. 687.

48. Zie over de band tussen de aard van de inbreng en niet-concurrentieverplichtingen : S. DE DIER en F. PARREIN, “Niet-concurrentieverplichtingen in de vennootschap” in *Liber amicorum Luc Weyts*, Brussel, Larcier, 2011, 653, nr. 18.

49. De Nobelprijswinnende econoom Milton Friedman vertelde dan ook in een interview met het blad *Playboy* uit 1973 : “*A corporate executive’s responsibility is to make as much money for the stockholders as possible, as long as he operates within the rules of the game. When an executive decides to take action for reasons of social responsibility, he is taking money from someone else - from the stockholders, in the form of lower dividends; from the employees, in the form of lower wages; or from the consumer, in the form of higher prices*”. Dit interview wordt vaak geciteerd in Amerikaanse *case books*. Schrijver dezes wenst dan ook, ter vermijding van elk misverstand, te benadrukken dat hij dit blad niet leest, zelfs niet voor de interviews.



buiten zetten, tv-kijken of in het midden van het bed liggen ? Niet voor niets is het begrip “fout” in belangrijke mate verlaten bij de regeling van de ontbinding van de huwelijksvereniging : waar de toepasselijke norm zo vaag is, is het zeer moeilijk om een wanprestatie vast te stellen.

De venaliteit van het vennootschapsrecht vergemakkelijkt ook nog op een andere manier twee- en meerhoofdigheid. Het is immers een makkelijk deelbaar goed. De voordelen van een huwelijk zijn daarentegen vaak niet deelbaar of vermenigvuldigbaar. Het is makkelijker om een pot geld te verdelen tussen vijf vennoten, dan een plaats in het echtelijk ledikant te alloceren tussen vijf echtgenoten op een wijze die elke deelgenoot een gelijke utiliteit verschafft<sup>(50)</sup>.

**19. Het eenhoofdig gezinsvermogen : formule voor het perfecte huwelijk ?** – Dat het “gezinsbelang” veel vager is dan het vennootschapsbelang, is misschien ook een verklaring waarom een “eenpersoons-huwelijk” niet kan worden opgericht. Dit concept is minder absurd dan het klinkt. Ook een alleenstaande ouder zou het immers nuttig kunnen achten om een deel van zijn of haar goederen te bestemmen met het oog op de opvoeding van de kinderen en ze af te schermen van andere persoonlijke schuldeisers.

Op het eerste gezicht valt helemaal niet in te zien waarom vermogensafscheiding in het belang van het kind minder beschermingswaardig zou zijn dan vermogensafscherming voor een commercieel belang.

De vage inhoud van de notie “gezinsbelang” is hier wellicht een belangrijke reden : dit maakt het moeilijk om goederen en verbintenissen te alloceren aan het “gezinsvermogen” dan wel het “persoonlijk vermogen”, wat toelaat dat de ouder opportunistisch zou kunnen schuiven tussen beide vermogens (zie hoger nr. 6).

In het tweehoofdig huwelijk bestaan deze bezwaren óók, terwijl de tweehoofdigheid de schuldeisers een bepaalde maar zeker geen doorslaggevende bescherming biedt. Vooreerst is de demarcatie tussen gemeenschappelijke en persoonlijke activa en passiva voor derden niet transparant. Verder is er net door de tweehoofdigheid en het hoogstpersoonlijk karakter van het huwelijk het probleem dat persoonlijke schuldeisers noch het aandeel in de huwelijksvereniging kunnen uitwinnen noch door middel van een zijdelingse echtscheidingsvordering de huwelijksvereniging kunnen doen ontbinden. De vermogensafscheiding tussen gezinsvermogen en persoonlijke vermogens is bij het tweehoofdige huwelijk dan ook niet scherp doorgetrokken. Het huwelijksrecht heeft een arsenaal van regels omtrent de allocatie van activa en passiva die fundamenteel afwijken van het gemeen zaken- en verbintenissenrecht. Zo zijn schulden aangegaan door één der echtgenoten ten behoeve van de huishouding en de opvoeding van de kinderen, zelfs al gebeurde dat in eigen naam, verhaalbaar op het gemeenschappelijke vermogen en elk persoonlijk vermogen (zie art. 222 en art. 1408, tweede streepje BW). Dit wijkt af van de gewone regels omtrent toerekening bij (middellijke of openlijke) vertegenwoordiging.

Overigens bestaan er in ons recht wél eenhoofdige huwelijksgemeenschappen : die gevallen waarbij de huwelijksvereniging eenhoofdig wordt door het overlijden van een echtgenoot en waarbij de ontbonden huwelijksgemeenschap en de onverdeelde nalatenschap zonder een onmiddellijke vereffening wordt verdergezet tussen de overlevende echtgenoot en de minderjarige kinderen. Formeel juridisch is er hier meerhoofdigheid, maar in economische zin wordt deze onverdeeldheid enkel bestuurd door de overlevende echtgenoot. Een precieze analyse van de rechtsgevolgen van deze figuur valt buiten het bestek van deze bijdrage. Laten we er hier mee volstaan vast te stellen dat de oprichtingskosten ervan in ieder geval eerder hoog zijn.

---

50. We gaan er eenvoudigheidshalve vanuit dat in een meerhoofdig huwelijk de onderlinge *contributio* bepaald zou worden door het gelijk zgn. “mansdeel” (*part virile*) dat art. 52 W.Venn. voorschrijft voor de externe *obligatio* van maten in een burgerlijke maatschap.

Ook de figuur van de private stichting zou mogelijkheden kunnen bieden om een eenhoofdig gezinsvermogen op te richten, al is het waarschijnlijk dat het principieel uitkeringsverbod van art. 27, al. 1 V&S-Wet de toepassingsmogelijkheden hiervan toch aanzienlijk zal beperken<sup>(51)</sup>. Van eenhoofdig bestuur is er ook geen sprake : de betrokken ouder zal minstens twee andere bestuurders moeten dulden (art. 34 V&S-Wet; zie hierover nr. 22).

De figuur die een eenhoofdig gezinsvermogen het best faciliteert is de mogelijkheid voor zelfstandigen om de gezinswoning onbeslagbaar te maken voor de ondernemingsschuldeisers<sup>(52)</sup>. Frappant is dat de verhaalsvoorrang van privé-schuldeisers hier technisch vorm krijgt door op negatieve wijze de schuldeisers van wie de vordering is ontstaan naar aanleiding van de zelfstandige activiteit van verhaal uit te sluiten. Het “onderpand” van de feitelijke verhaalsvoorrang van de privé-schuldeisers is dan weer beperkt tot één specifiek goed (en geen vlottend vermogen zoals bij de meeste gevallen van vermogenafschieding). Beide kenmerken zijn wellicht ingegeven door de hoger genoemde moeilijkheid om op positieve wijze gezinspassiva en gezinsactiva te definiëren.

**20. Hebben in een *ménage à trois* de schuldeisers het meeste plezier ?** – Indien het schuldeisersbelang voorop zou staan bij het huwelijksvermogen, zou overigens het *ménage à trois* (ook wel eens : *troupe*) rechteus moeten worden aangemoedigd in plaats van verboden.

Meer partijen vermindert de kans dat de deelgenoten colluderen ten nadele van schuldeisers. Bij meer dan twee echtgenoten verhogen immers de kosten om zulk opportunistisch gedrag uit te voeren met alle echtgenoten. Indien één minderheids-echtgenoot wordt uitgesloten van de onttrekking van activa aan de huwelijksgemeenschap, heeft hij of zij een met de huwelijksschuldeisers gealigneerd belang om hier tegen op te treden; hij of zij wordt immers hierdoor ook voor zijn part benadeeld (zie nr. 6).

Een getal van drie deelgenoten maakt wellicht dat elke echtgenoot daarbij nog voldoende prikkels heeft om de rationele apathie te vermijden, die ervoor zorgt dat in vennootschap met een verspreid aandeelhouderschap deelgenoten het bestuursorgaan of andere deelgenoten maar zeer beperkt controleren<sup>(53)</sup>.

Dat het recht het meerhoofdig huwelijk niettemin verbiedt, is wellicht één symptoom van de vaststelling dat in het huwelijksrecht de belangen van de schuldeisers ondergeschikt worden gemaakt aan de belangen van de gezinsleden<sup>(54)</sup>.

Tot die gezinsleden behoren, naast de echtgenoten, uiteraard eventuele kinderen als een belangrijke stakeholder. De nadelen op vlak van meerhoofdigheid zullen deze kinderen als insiders treffen, terwijl de voordelen op vlak van verminderde kansen op opportunistische vermogensverschuivingen voor hen onbestaand of verwaarloosbaar zijn. Kinderen zijn wel insiders van het huwelijk, maar ze hebben geen inspraak bij het bepalen van het aantal deelgenoten. De nadelen van meerhoofdigheid zijn voor hen dan ook een externaliteit. Dit vormt een sterk argument vóór een dwingendrechtelijk maximum aantal echtgenoten.

Aandeelhouders ondergaan óók de negatieve gevolgen van meerhoofdigheid, maar voor hen is dit een vrijwillige keuze, waarbij ze zelf kosten en baten kunnen afwegen. Er bestaan daarbij wettelijke, statutaire en contractuele mechanismen (zoals overdrachtsbeperkingen) waardoor ze zich kunnen indekken tegen een vermenigvuldiging van het aantal hoofden door verspreide overdrachten door andere aandeelhouders.

---

51. Zie o.a L. WEYTS, “De private stichting voor het gehandicapte kind”, in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 605 e.v.

52. Zie C. CLOTTENS, “Bescherming van het privévermogen van de ondernemer”, *TRV* 2012, 240.

53. C. CLOTTENS, *Proportionaliteit van stemrecht en risico in kapitaalvennootschappen*, Antwerpen, Biblo, 209, nr. 229.

54. Zie ook H. TIELEMANS, “Het huwelijk van de schuldenaar. Een onheilstijding voor de schuldeiser?”, *TPR* 1981, 301 e.v.

**21. Loskoppeling van horizontaal en verticaal familierecht als sleutel voor het probleem ?** – De *governance* problemen bij het meerpartijenhuwelijk verhouden zich slecht met het belang van eventuele kinderen. Hoeft dit echter doorslaggevend te zijn om de contractvrijheid aan banden te leggen ?

Voor wie dit een shockerende vraag vindt : het positieve recht legt een echtgenoot weinig in de weg als hij uit de huwelijksvereniging wil treden, ook als er kinderen zijn. Zijn de *governance* uitdagingen in een ontbonden of een “nieuw samengestelde” relatie niet minstens even groot als in een meerpartijenhuwelijk; of groter ?

De oplossing die het moderne familierecht hier biedt, is het loskoppelen van het horizontaal familierecht van het verticaal familierecht. Waar traditioneel seks, voortplanting, paarvorming en ouderschap samenvielen, staat het hedendaagse familierecht bv. toe dat personen het ouderlijk gezag uitoefenen met een andere partner dan waarmee ze een paar vormen<sup>(55)</sup>.

Dit kan de sleutel bieden voor het meerpartijenhuwelijk : ouders kunnen met twee het ouderlijk gezag uitoefenen, terwijl ze met bijkomende personen in affectief verband samenleven. Met die bijkomende personen kunnen juridische afdwingbare afspraken worden gemaakt, maar die hebben geen betrekking op het ouderlijk gezag. Dit kan vandaag al door middel van een meerhoofdige maatschapsovereenkomst, zij het dat deze niet het huwelijkslabel zal krijgen<sup>(56)</sup>.

Dit hoeft geen aanleiding te geven tot morele paniek : het maatschapsrecht laat immers toe om aan een samenlevingsverband een duurzaamheid te geven die, afgemeten aan de regels van het actuele echtscheidingsrecht, geruststellend preconciëliar overkomt (zie art. 39-45 W.Venn.).

**22. “Van de profeten mogen er twee of drie het woord voeren, en de overigen moeten het beoordelen” (1 Kor 14:29) : het optimaal ledenaantal voor een bestuursorgaan** – Een vraag waarop we hier maar zeer oppervlakkig kunnen ingaan, is wat het optimaal aantal leden is voor een uitvoerend, toezichthoudend of adviserend orgaan. Het organisatierecht biedt hier zo mogelijk een nog meer dispaaraat aanzicht dan bij het aantal deelgenoten.

De invloed van meerhoofdigheid op het functioneren en monitoren van bestuurders is niet eenduidig<sup>(57)</sup>. Enerzijds vermindert meerhoofdigheid de kansen op deloyaal gedrag. Indien er met twee of meer gecolludeerd moet worden, brengt dit transactiekosten mee voor dit deloyaal gedrag die er niet zijn bij eenhoofdig uitgeoefende bevoegdheden. De leden van een meerhoofdig orgaan kunnen ook mekaar controleren, wat o.a. de rol van het vier-ogen-principe verklaart bij financiële instellingen. Meerhoofdigheid vergemakkelijkt ook taakverdeling en specialisatie.

Anderzijds heeft meerhoofdigheid ook nadelen, die toenemen met het aantal leden. Het verhoogt de transactiekosten om de bestuurstaak loyaal uit te oefenen, het moedigt vrijbuitersgedrag aan (*free riding*) en verhoogt ook de kosten van monitoring. Een schending van een confidentialiteitsverplichting, bijvoorbeeld, is aanzienlijk moeilijker om aan te tonen indien er drie in plaats van twee bewaarders van die confidentiële informatie zijn<sup>(58)</sup>. Ook de Romeinen erkenden dat te veel leden in een orgaan perverse effecten kan geven : *senatores boni viri, senatus autem mala bestia*.

---

55. Zie F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 232 e.v. Het onderscheid tussen horizontaal en verticaal familierecht haalden we uit dit werk. Deze auteur vermeldt ook kort de mogelijkheid van een meerhoofdig multi-ouderschap bij nieuw samengestelde gezinnen.

56. Zie over de mogelijkheid die de “algemene maatschap” biedt : J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 247-248, nr. 355. Zie over de relevantie van het huwelijkslabel : F. SWENNEN, *Het huwelijk afschaffen ?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 38 p. en *Gebuud of niet : maakt het iets uit ?*, C. FORDER en A. VERBEKE (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2005, 649 p.

57. Zie ook de toelichting bij art. 2.1 van de *Belgische Corporate Governance Code 2009* : “De raad van bestuur is klein genoeg met het oog op een efficiënte besluitvorming. De raad van bestuur is groot genoeg opdat zijn leden ervaring en kennis uit diverse domeinen kunnen bijdragen en opdat wijzigingen in de samenstelling van de raad van bestuur ongehinderd kunnen worden opgevangen”.

58. Benjamin FRANKLIN : “*Three can keep a secret, if two of them are dead*”.

Bij een vennootschap met een groot en verspreid aandeelhouderschap is het wellicht meer zinvol om een meerhoofdig en collegiaal orgaan te hebben<sup>(59)</sup>. De aandeelhouders kunnen hier moeilijker het bestuur controleren, zodat er grotere nood is aan interne onderlinge controle binnen het bestuur. Vennootschapsvormen met de mogelijkheid van een eenhoofdig bestuursorgaan zijn typisch ook vennootschappen die geconcipieerd zijn voor een beperkt en besloten aandeelhouderschap. Dit is wellicht ook één reden om in een NV met twee aandeelhouders in afwijking van de algemene regel toch een tweehoofdig bestuur toe te laten (art. 518, § 1 W.Venn.), al stond bij de wetgever wellicht de bedoeling voorop te vermijden dat een tweehoofdige NV door een meerhoofdig bestuursorgaan gedwongen zou zijn om een “externe” bestuurder aan te trekken.

Hoe beperkter de taak is van een agent (en dus ook de kosten van deloyaal gedrag) hoe meer zinvol het is de risico's van deloyaal gedrag bij eenhoofdigheid in te ruilen voor de vermindering van transactiekosten die daarbij samenhangt. Waar in de NV er minimum drie bestuurders moeten zijn, volstaat één dagelijks bestuurder. Ook voor managers zijn er geen dwingende regels. In de Romeinse republiek werd bij dreigend extern gevaar - waardoor de verwachte kosten van efficiëntieverlies door meerhoofdigheid hoger werd - het tweehoofdig consulaat tijdelijk ingeruild door een eenhoofdige dictatuur.

Algemeen toepasselijke en simpele antwoorden zijn er hier niet te geven, zodat het wellicht aangewezen is dat de wetgever in alle (niet-publieke) vennootschapsvormen geen dwingendrechtelijke regels oplegt omtrent het aantal leden dat een bestuursorgaan zou moeten tellen<sup>(60)</sup>.

Bij non-profit organisaties, waarbij de beneficiarissen van het afgescheiden vermogen in de regel geen *governance* rechten hebben en dus niet of slechts zeer beperkt het bestuur kunnen controleren, is het wel verantwoord om een meerhoofdig en meer-gelaagd bestuur op te leggen<sup>(61)</sup>. Er is daar meer nood aan onderlinge en externe controle van bestuurders.

Het leden-verbod voor stichtingen in art. 27, al. 2 V&S-Wet valt daarom te betreuren, omdat het verhindert dat er een algemene vergadering wordt ingericht die het bestuur controleert<sup>(62)</sup>. Zo is het verbijsterend dat de wetgever volledig is voorbijgegaan aan de vraag wie de interne aansprakelijkheidsvordering (*actio mandati*) kan instellen tegen de bestuurders van een private stichting<sup>(63)</sup>.

## **D. HET INSOLVENTIERECHT : HOEVEEL SCHULDEISERS ZIJN ER NODIG VOOR EEN COLLECTIEVE PROCEDURE ?**

**23. Insolventieboedel als een dwangvennootschap** – Het biedt inzicht om een insolventieboedel, bv. de faillissementsboedel, te vergelijken met een vennootschap<sup>(64)</sup>. Het doel van deze “dwangvennootschap” is het uitwinnen van het vermogen van de gefailleerde en de opbrengst te verdelen onder haar aandeelhouders.

De schuldeisers in de boedel zijn de aandeelhouders. Zij hebben deze vennootschap niet vrijwillig opgericht, maar zitten er uit kracht van het faillissementsvonnis gedwongen in. Hun inbreng bestaat uit hun individuele rechten om het vermogen van de

59. S. M. BAINBRIDGE, *Corporate law*, Thomson Reuters, New York, 2009, 77.

60. S. M. BAINBRIDGE, *Corporate law*, 77.

61. Zie over de actiemogelijkheden van de beneficiarissen bij vermogensafwendings in VZW of stichting : M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Kalmthout, Biblo, 2003, 472 e.v.

62. Zie J. VANANROYE, “De private stichting naar komend recht” in *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, Kalmthout, Biblo, 2000, 190, nr. 32 (over een ontwerp van de huidige wet toen dit onzalig verbod nog niet in de teksten was opgenomen).

63. *Ibid.*, 194-199.

64. Zie ook W. DERIJCKE, “De rechtspersoonlijkheid van de failliete boedel” in *Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2012, 297-304.

schuldenaar uit te winnen. Aangezien deze rechten zijn ingebracht, kan enkel de boedel nog het vermogen van de gefailleerde uitwinnen met uitsluiting van de aandeelhouders. Ook de regels inzake boedelvorderingen voor collectieve schade en schuldeisersvorderingen voor individuele schade, sporen met de vennootschapsrechtelijke regels inzake afgeleide schade en persoonlijke schade van de aandeelhouders.

Bij de verdeling van de opbrengsten van de vennootschap zijn er bevoorrechte aandeelhouders (de schuldeisers met een algemeen voorrecht) en gewone aandeelhouders (de chirografaire schuldeisers).

De schuldeisers *van* de boedel daarentegen zijn te vergelijken met de vennootschaps-schuldeisers; ze zijn obligatiehouders, geen aandeelhouders. Aangezien er geen inbreng van hun executierecht is gebeurd, kunnen ze nog wel de goederen van de gefailleerde uitwinnen. Net zoals vennootschapsschuldeisers, genieten ze daarbij een bevoorrechte positie ten aanzien van de “aandeelhouders”/schuldeisers in de boedel. De positie van de boedelschuldeisers heeft niet enkel voordelen : net als schuldeisers van een vennootschap mogen ze er niet zomaar op vertrouwen dat het bestuur van de vennootschap (de curator) wel voor hen zal zorgen. Ze genieten niet de voordelen van de samenloop en moeten zelf initiatief nemen voor het vrijwaren van hun rechten. Of zoals procureur-generaal Liekendael het uitdrukte : “*Tant pis pour les négligents ou les rêveurs*”<sup>(65)</sup>.

**24. Kan één schuldeiser samenlopen ?** – Als de faillissementsboedel met een vennootschap kan worden vergeleken, hoeveel schuldeisers zijn er dan minimaal als “aandeelhouder” vereist ? Als we ervan zouden uitgaan dat de faillissementsboedel enkel tot doel zou hebben om de samenloop tussen verschillende schuldeisers op de goederen van één schuldenaar te regelen, is een faillissementsboedel met één schuldeiser in de boedel weinig zinvol. Het regelen van concurrentie veronderstelt meer dan één deelnemer.

Twee- of meerhoofdigheid was dan ook de traditionele regel voor de faillissementsboedel. Dit gegeven speelt bv. een belangrijke rol in de roman *Karakter* (1938) van F. Bordewijk : “*Maar hij hoefde zich geen zorgen te maken, hij wist nu wel zooveel van het recht af : een faillissement was volstrekt onmogelijk. Hij had immers slechts deze ééne schuld*”.

Het moderne insolventierecht laat echter ook een collectieve procedure toe bij één schuldeiser. De faillissementsboedel mag dus eenhoofdig zijn<sup>(66)</sup>.

Dit is terecht<sup>(67)</sup>. Het moderne insolventierecht heeft immers nog andere doelstellingen dan louter het ordentelijk organiseren van de ‘samenloop’ van meerdere schuldeisers die uitvoeren<sup>(68)</sup>. De procedure laat toe een juridisch dispaat maar economisch samenghangend geheel als één goed in *going concern* uit te winnen. De neutrale bewindvoerder biedt waarborgen en mogelijkheden die een schuldeiser of een deurwaarder niet kunnen realiseren. Naast het schuldeisersbelang is er, o.a. met de *fresh start* (verschoonbaarheid), ook het schuldenaarsbelang. Het faillissement regelt niet enkel de concurrentie tussen schuldeisers, maar ook de “dominante positie” van schuldeisers ten aanzien van de schuldenaar (en andere belangenhebbenden bij de onderneming als *going concern*) : dit is ook zinvol in het geval van één schuldeiser.

65. E. LIEKENDAEL, conclusie voor Cass. 26 november 1981, *Pas.* 1982, I, 430, geciteerd bij A. VAN HOE, “Het recht van tenuitvoerlegging van de boedelschuldeiser : *the devil in disguise*?”, *RW* 2011-12, 1301.

66. Brussel 14 december 1997, *JT* 2000, 164.

67. Zie over dit alles de belangwekkende voetnoot 113 in het proefschrift van A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 37.

68. Zie H. COUSY, “Paradigmawijzigingen in het insolventierecht” in *Liber amicorum E. Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 283 e.v. en E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”, *RW* 2011-12, 74-80.

**25. *Numquam duo, semper tres* : meerhoofdigheid bij het minnelijk akkoord (art. 15 WCO)** – Een recente meerhoofdigheidsregel vinden we terug in art. 15 van de Wet Continuïteit Onderneming m.b.t. het minnelijk akkoord. Dit minnelijk akkoord - dat los staat van enige gerechtelijke reorganisatie - is niets meer dan een gewone overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeisers, dat echter wel een *safe harbour* geniet tegen aanvechtingen onder de vereenvoudigde faillissementspauliana van art. 17, 2° en 18 Faill.W.<sup>(69)</sup>. Art. 15 WCO ontnemt andere schuldeisers hierdoor rechten die ze onder het gemeen recht wel zouden hebben.

De enige tastbare inhoudelijke voorwaarde die de WCO stelt voor zulk minnelijk akkoord (en dus de genoemde *safe harbour*) is dat dit akkoord wordt afgesloten tussen de schuldenaar en “al zijn schuldeisers of aan twee of meer onder hen”. Een akkoord met één schuldeiser kan dus geen minnelijk akkoord zijn in de zin van art. 15 WCO (tenzij in een geval waarbij één schuldeiser ook “alle schuldeisers” zou uitmaken).

Deze voorwaarde van een overeenkomst met minstens drie partijen is eigenaardig. De uitleg hiervoor is dat de wetgever hierdoor op “sociale controle” rekent en ervan uitgaat dat de ene schuldeiser nooit zal toelaten dat een andere schuldeiser bevoordeeld wordt<sup>(70)</sup>. Ook in katholieke colleges trachtte men vroeger ongewenst gedrag te voorkomen door tweehoofdigheid te verbieden (*numquam duo semper tres*).

Van alle meerhoofdigheidsregels die hiervoor de revue passeerden is dit niet enkel de meest recente, maar wellicht ook de meest onnozele<sup>(71)</sup>.

De transactiekosten van frauduleus gedrag verhogen door het meerhoofdigheidsgebod wel, maar het is zeer de vraag of dit van enig materieel belang is bij een *one shot* transactie zoals het minnelijk akkoord. Bij een duurzame samenwerkingsvorm als een vennootschap kan beter worden ingezien hoe meerdere deelgenoten het risico op opportunistisch gedrag verminderen (zie hoger nr. 22).

Net zoals de *numquam duo*-regel in colleges riskeert deze regel zelfs de intensiteit van het ongewenst gedrag te vergroten in plaats van het te vermijden.

Bovendien verhindert niets dat de twee schuldeisers met mekaar verbonden zijn, of zelfs insiders van de schuldenaar (bv. familieleden, verboden vennootschappen, aandeelhouders of bestuurders)<sup>(72)</sup>. Dit is dan vergelijkbaar met wat we formele meerhoofdigheid hebben genoemd bij vennootschappen.

In het vennootschapsrecht is het pluraliteitsvereiste ook een botte en onnauwkeurige maatregel, maar het is tenminste maar één onderdeelje van een gans instrumentarium om opportunistisch handelen ten nadele van derden te vermijden. De WCO, daartegen, bevat nauwelijks andere regels die verhinderen dat er n.a.v. een minnelijk akkoord tussen schuldenaar en schuldeiser(s) ongewenste *amitiés particulières* ontstaan.

---

69. M. VANMEENEN en A. VAN HOE, “Pand in het kader van insolventieprocedures” in *Het pand - Van een oude naar een moderne zekerheid* (Leerstoel Constant Matheeussen), Brugge, die Keure, 2012, 48-51.

70. Zie kritisch o.a. M. VANMEENEN in *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 50-51, nr. 45.

71. Zie beleefder maar minstens even scherp : R. JANSSEN, “Far West-recht : enkele kritische kanttekeningen bij het buitengerechtelijk minnelijk akkoord in de nieuwe Wet Continuïteit Ondernemingen”, *RW* 2008-09, 1580-1584.

72. R. JANSSEN, “Minnelijk akkoord (buitengerechtelijk)”, *Gerechtelijk akkoord en Faillissement*, Mechelen, Kluwer, losbl., I.E.6, 2009, nr. 6 en nr. 7.

## E. BESTAAN IN HET ONDERNEMINGSRECHT GOEDE DINGEN UIT TWEE ?

**26. Besluit** – Het organisatierecht biedt een disparate aanblik op het vlak van één-, twee- of driehoofdigheidsregels, -geboden en -verboden. Desalniettemin worden regels zoals het relatieve eenhoofdigheidsgebod voor vennootschappen en het absolute tweehoofdigheidsgebod voor een huwelijk (of wettelijke samenwoning) zelden in vraag gesteld. Met het voorgaande hebben we proberen aan te tonen dat deze regels nochtans verre van evident zijn.

In het *vennootschapsrecht* is eenhoofdigheid als voorwaarde voor vermogensafschieding bij vennootschappen met een georganiseerde publiciteit niet evident. Twee- of meerhoofdigheid bieden voordelen die vermogensafschieding verantwoorden (nr. 5) terwijl de kosten van vermogensafschieding bij twee- of meerhoofdigheid grotendeels *sunk costs* zijn, die er ook zonder vermogensafschieding zijn (nr. 6). Het moderne organisatierecht biedt echter genoeg alternatieve instrumenten om dezelfde voordelen te bereiken bij eenhoofdigheid. We pleiten dan ook voor het aanbieden van de mogelijkheid om een VOF eenhoofdig op te richten (nr. 8). Indien de wetgever de andere bestaande eenhoofdigheidsregels ernstig neemt - waar bij vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid wellicht een goede case voor bestaat -, dient hij ook de makkelijke omzeiling via louter formele twee- of meerhoofdigheid verstandiger aan te pakken (nrs. 10 en 11). Dat er geen maximum aantal deelgenoten is voorgeschreven, is terecht, omwille van de aard van de investering en de mogelijkheid tot diversificatie die dit biedt (nr. 17). Bij de samenstelling van organen is het beeld minder eenduidig : het verdient hier aanbeveling dat de wetgever hier de wilsautonomie laat spelen, door bv. ook bij niet-publieke NV's een eenhoofdig bestuursorgaan toe te staan; bij non-profit organisaties zoals de VZW en de stichting is het dan weer terecht dat er een meerhoofdig bestuur verplicht wordt gesteld (nr. 22).

In het horizontaal *familierecht* zijn er zeer sterke argumenten voor het vigerende tweehoofdigheidsgebod : meerhoofdige huwelijken impliceren *governance* problemen die, omwille van de autonomie van de echtgenoten, niet kunnen worden opgelost door het inrichten van een bestuur (nr. 15). Die nadelen wegen door omdat echtgenoten hun risico niet kunnen diversifiëren (nr. 17) en vooral omdat eventuele kinderen hier het nadeel van ondervinden (nr. 20). De vraag is echter of aan deze bezwaren niet kan worden tegemoetgekomen door de huwelijksband los te koppelen van het ouderlijk gezag (nr. 21).

De doelstellingen van het *insolventierecht* maken dat een eenhoofdige boedel terecht wordt aanvaard (nr. 24). Het meerhoofdigheidsgebod voor het minnelijk akkoord in art. 15 WCO lijkt dan weer veel minder zinvol en in ieder geval op zichzelf weinig effectief (nr. 25).

## Les 7

### Oprichting, nietigheid, naam

#### 1. Oprichting

**Bibliografie.** S. Gilcart, “Loi de réparation et acquisition de la personnalité morale en droit des sociétés : influences étrangères et impact d’une réforme capitale”, *RPS* 1996, 229-299; J. Ronse, *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 71-225; R. Tas, “Commentaar bij art. 60 W.Venn.”, in *Artikelsgewijze commentaar vennootschappen en verenigingen*, Antwerpen, Kluwer, 2000; R. Tas, “Een vennootschap is pas opgericht in de zin van artikel 13bis Venn.W. als zij rechtspersoonlijkheid heeft verkregen”, *TRV* 1996, 523-531.

#### (96) Wijze van verwerving van de rechtspersoonlijkheid

- Rechtsvergelijking : 3 systemen komen voor
  - Overheidsmachtiging : rechtspersoonlijkheid wordt toegekend door overheid
    - Nederland (rechtspersoonlijkheid verkregen nadat verklaring van geen bezwaar is verleend en akte is verleend; “verklaring van geen bezwaar” vervangen door “integriteitstoets” sinds 2011)
    - stichting van openbaar nut; internationale vzw
    - vroegere systeem oprichting NV (tot 1873)
  - Vrije verwerving rechtspersoonlijkheid : ontstaat door vervulling bepaalde materiële voorwaarden
    - België vóór 1995
    - Luxemburg
  - Formalistisch systeem : rechtspersoonlijkheid gekoppeld aan vervulling formaliteit (met evt. zekere inhoudelijke controle)
    - Frankrijk, Duitsland : inschrijving handelsregister
    - EESV (inschrijving rechtspersonenregister/KBO)
    - vroeger systeem VZW (publicatie BS)
- Eerste Vennootschapsrichtlijn : neutraal – nationaal recht bepaalt wijze ontstaan rechtspersoon (vgl. SE : inschrijving in rechtspersonenregister/KBO – art. 2 §4 W.Venn.)
- vroeger : rechtspersoonlijkheid ontstaat door sluiten vennootschapsovereenkomst (consensueel) – atypisch t.a.v. andere landen
- systeem van “typedwang” : vroeger: vennootschap met commercieel doel die openbaar en duurzaam is, is noodzakelijk rechtspersoon (VOF)
  - maatschap : enkel voor burgerlijke activiteiten
  - niet-openbaar : stille handelsvennootschap (geen rechtspersoon)
  - niet-duurzaam : tijdelijke vennootschap (geen rechtspersoon)
  - problematiek van de onregelmatige VOF : vennootschap van gemeen recht (“moet-rechtspersoon”); aantal vervelende gevolgen (nietigheid, onontvankelijkheid van rechtsvorderingen door vennootschap)



- Wet 13 april 1995 : gelijkschakeling met meeste andere EU-landen : formeel element als criterium, nl. neerlegging ter griffie van uittreksel uit oprichtingsakte (binnen 15d)
  - systeem later ook ingevoerd voor vzw/stichting (W. 2-05-2002)
  - apart systeem voor Europese NV, Europese Coöperatieve Vennootschap en EESV: inschrijving in KBO telt (maar zie art. 12 §2 KB W.Venn.)
- Art. 2, § 4, tweede lid W.Venn. : venn. met daden van koophandel tot doel : vier mogelijkheden bij gebreke van neerlegging :
  - vennootschap in oprichting (er wordt aldus gehandeld namens vennootschap i.o.)
  - tijdelijke handelsvennootschap (vroeger “tijdelijke vereniging”)
  - stille handelsvennootschap (vroeger “vereniging bij wijze van deelneming”)
  - commerciële maatschap (bewust of ‘de facto’ vennootschap)
- Gevolgen van het “formalistisch systeem” en vraag naar betekenis van begrip “oprichting” in sommige bepalingen W.Venn.
  - regels vennootschapsrecht gelden pas vanaf verwerving rechtspersoonlijkheid (bv. meerderheden)
  - benoeming bestuurders: art. 518 §2: “De bestuurders worden door de algemene vergadering van aandeelhouders benoemd; zij kunnen echter voor de eerste maal benoemd worden bij de oprichtingsakte van de vennootschap.”  
geen analoge bepaling voor directiecomité, dagelijks bestuur, commissaris : moet mogelijk zijn voor commissaris en wordt doorgaans ook aanvaard mits unanimité (krijgt wel pas uitwerking vanaf neerlegging)
  - vrijgave gelden op bijzondere rekening
  - financieel plan (art. 440) : “voor de oprichting...”: overhandigen vóór verlijden notariële akte
  - oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal (art. 456, 4°) : vertrekpunt driejarige termijn ?
  - regeling quasi-inbreng (art. 445 e.v.): neerlegging is vertrekpunt



(97) **Verbintenissen namens een vennootschap in oprichting**

1° Inleiding : waarom handelen namens een vennootschap in oprichting ?

- noodzaak bepaalde verbintenissen/contracten aan te gaan vóór eigenlijke oprichting (bv. huurovereenkomst, arbeidsovereenkomst, overname handelsfonds, notaris, revisor...)
- verbintenissen rechtstreeks laten toerekenen aan opgerichte vennootschap -derden willen van meet af aan een wederpartij

2° Historiek

- vóór 1973 : gemeen recht (beding ten behoeve van een derde, zaakwaarneming, sterkmaking...)
- 1ste Vennootschapsrichtlijn (regeling > Duits recht) : omgezet in art. 60 W.Venn.
- inhoud regeling :

“Tenzij anders is overeengekomen, zijn zij die in naam van een vennootschap in oprichting en vooraleer deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, in enigerlei hoedanigheid een verbinte-

*nis hebben aangegaan, persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk, behalve wanneer de vennootschap binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis het in artikel 68 bedoelde uittreksel heeft neergelegd en zij bovendien die verbintenis binnen twee maanden na voormelde neerlegging heeft overgenomen. In dit laatste geval, wordt de verbintenis geacht van het begin af door de vennootschap te zijn aangegaan.”*

- verklaring : rechtsfiguur van de “onvolkomen vertegenwoordiging” (vgl. koop met commandverklaring)
- regeling beschermt promotoren, derden en opgerichte vennootschap

### *3° Toepassingsgebied van de regeling van artikel 60 W.Venn.*

- vennootschapsvormen : alle venn. met RP (vooral van belang voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid) – gelijkaardige regeling voor vzw en stichting
- enkel verbintenissen tav derden (niet op interne vennootschapsrechtelijke betrekkingen), van welke aard ook (uit eenzijdige rechtshandeling, contractueel, buitencontractueel...)
- “namens een vennootschap in oprichting...”
  - vermelding hoedanigheid (cfr. algemene regels vertegenwoordiging)
  - moet vennootschap ook werkelijk “in oprichting” zijn ? (cfr. Gent, 12 april 1995, TRV 1996, 566, noot R. Tas)
- “...vooraleer deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen”
  - logisch : cfr. ratio legis
  - vroeger : oprichting (consensueel) valt samen met verwerving rechtspersoonlijkheid
  - sinds 1995 : oprichting <> verwerving rechtspersoonlijkheid
  - tot wanneer “in oprichting” ? controverse in rechtsleer (oplossing : tot neerlegging)

### *4° De persoonlijke aansprakelijkheid van de promotoren*

- wie ? personen die effectief zijn opgetreden zijn hoofdelijk aansprakelijk (dus niet alle oprichters)
- aansprakelijkheid onder ontbindende of opschortende voorwaarde ? W.Venn. brengt duidelijkheid
- regeling is van aanvullend recht
- aansprakelijkheid tot nakoming verbintenissen zelf (vgl. sterkmaking)
- promotor is niet alleen AS, maar kan ook rechten uitoefenen (evolutie in rechtspraak, cfr. o.m. Cass. 14 september 2000, TRV 2001, 90, noot R. Tas) – voordien afwijkende rechtspraak, bv. Antwerpen 1992: koop = nietig indien venn. niet opgericht
- procesrechtelijke aspecten
  - tot aan overname wordt opgetreden in eigen naam (vermelding “namens vennootschap in oprichting” niet nodig, maar afwijkende RS !)
  - overname door vennootschap: cfr. regels inzake rechtsopvolging

#### 5° De bevrijdende overname

- principe : overname bevrijdt promotoren met terugwerkende kracht
  - automatisme
  - “onvolkomen vertegenwoordiging” : overname werkt als bekrachtiging (vervangt ontbrekende volmacht)
  - geen toestemming wederpartij vereist (cfr. gemeenrechtelijke contractsovername)
- vennootschap moet bestaan als rechtspersoon
  - cfr. notariële praktijk : overname in oprichtingsakte
  - bekrachtiging reeds gestelde handelingen onder opschortende voorwaarde
  - quid anticipatieve bekrachtiging nog te stellen handelingen ?
- geen verplichting tot overname (vgl. zaakwaarneming); evt. wel schadeloosstelling promotoren
- bevoegd orgaan :
  - in principe bestuursorgaan (evt. belangenconflictenregeling !) / orgaan van dagelijks bestuur
  - evt. oprichters in oprichtingsakte
- vorm van de overname : geen bijzondere vereisten, kan stilzwijgend (bewijsprobleem)
- termijnen voor overname : 2 jaar tot/2 maand vanaf verwerving rechtspersoonlijkheid (vzw/stichting : 2 jaar/6 maand)
- vereiste van identiteit tussen overnemende venn. en venn. in oprichting
  - feitenkwestie
  - vennootschap moet reeds enigszins geconcretiseerd zijn (bepaald of bepaalbaar)
  - overeenstemming tussen kenmerken venn. i.o. en opgerichte venn.
    - kleine wijzigingen blijven mogelijk
    - wijzigingen die solvabiliteit beïnvloeden (rechtsvorm, kapitaal, onbeperkt aansprakelijke vennoten...) : in principe niet mogelijk
- aansprakelijkheid promotoren op andere gronden; indien:
  - vennootschap met onvolkomen rechtspersoonlijkheid
  - contractueel bedongen
  - overname met bedrieglijk inzicht (ongeoorloofde oorzaak)
  - art. 1382 BW : weten of moeten weten dat vennootschap redelijkerwijze verbintenissen niet kan nakomen
  - oprichtersaansprakelijkheid

(98) **Vorm van de oprichtingsakte en openbaarmakingsformaliteiten**

*1° Vorm van de oprichtingsakte*

- vennootschap met rechtspersoonlijkheid : steeds schriftelijke oprichtingsakte (cfr. neerlegging...) : art. 66 W.Venn.
  - vennootschap met onvolkomen rechtspersoonlijkheid : onderhandse akte, in evenveel exemplaren als er oprichters zijn (uitz. : CVOA : 2 exemplaren volstaan)
  - venn. met volkomen rechtspersoonlijkheid : notarieel (BVBA, CVBA, NV, COMM. VA, SE, SCE)
- minimuminhoud oprichtingsakte, naargelang de rechtsvorm : in afdeling “oprichting” van elke rechtsvorm (bv. art. 453 NV – vertrekt van gegevens die moeten worden bekendgemaakt)
- wijzigingen aan oprichtingsakte (statuten) in dezelfde vorm

*2° Openbaarmakingsverplichtingen*

- gemeen recht : tegenwerpelijk door bestaan rechtshandeling – niet praktisch voor venn. – openbaarmakingsformaliteiten (neerlegging, publicatie B.S.)
- art. 67 W.Venn. : waar en hoe gebeurt neerlegging ?
  - neerlegging uitgifte of kopie oprichtingsakte + uittreksel ter griffie rechtbank van koophandel (plaats van de zetel) – vennootschapsdossier
  - documenten in taal van rechtsgebied (of 1 van de talen) + evt. vertaling in taal EU
  - tegelijk inschrijving in rechtspersonenregister KBO (evt. nog aparte inschrijving nodig in handelsregister, via ondernemingsloket)
- Art. 68 W.Venn. : verplichte neerlegging uittreksel + kopie oprichtingsakte en volmachten binnen 15d. na definitieve akte (uitz. : vof, comm.v. : enkel uittreksel)
- Art. 69-70 W.Venn. : minimuminhoud uittreksel

*opmerking* : voor volkomen rechtspersonen moet oprichtingsakte daarnaast nog andere verplichte vermeldingen bevatten : artt. 226, 335 en 453 W.Venn.

- Art. 73 W.Venn. : bekendmaking B.S. (binnen 15d. na neerlegging)
- Art. 74-75 W.Venn. : openbaarmakingsvereisten na de oprichting
  - Art. 74 : zaken die moeten worden neergelegd + bekendgemaakt :
    - Akten die volgens Wb. moeten worden neergelegd en bekendgemaakt + wijzigingen aan die akten
    - Benoeming en ambtsbeëindiging van mandatarissen
    - Rechterlijke beslissingen inzake ontbinding
  - Art. 75 : zaken die alleen moeten worden neergelegd

*opmerking* : wijzigingen aan statuten die niet onderworpen zijn aan publicatie per uittreksel : enkel neerleggen + mededeling met onderwerp akte publiceren in B.S.

- Art. 76-77 W.Venn. : tegenwerpelijheid
  - gemeen recht : rechtshandeling tegenwerpelijk louter door haar bestaan
  - akten van vennootschappen slechts tegenwerpelijk aan derden vanaf bekendmaking in B.S., tenzij vennootschap aantoont dat ze er eerder kennis van hadden
  - derden kunnen zich wel beroepen op niet bekendgemaakte akten
  - verlengde niet-tegenwerpelijheid tot 15d na bekendmaking, indien derden er onmogelijk kennis van konden hebben
  - tegenstrijdigheid gepubliceerde en neergelegde tekst : neergelegde heeft voorrang (maar niet tegenwerpelijk aan derden, tenzij kennis)
  - openbaarmaking benoeming vennootschapsorgaan dekt onregelmatigheid tav derden, tenzij kennis
- Art. 78-80 : verplichte vermeldingen in stukken uitgaande van vennootschappen (sanctie : persoonlijke aansprakelijkheid – belangenschade vereist)
- Art. 81-87 W.Venn. : openbaarmakingsverplichtingen mbt bijkantoor buitenlandse vennootschap (statuten, vertegenwoordigers...)
- Art. 88 W.Venn. : openbaarmakingsverplichtingen buitenlandse vennootschappen zonder bijkantoor die in België een openbaar beroep op het spaarwezen doen

## 2. Nietigheidsregeling

**Bibliografie.** K. Geens, “De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap”, *TPR* 1990, 1631-1680; K. Geens en M. Wyckaert, *De Vennootschap - Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 155-157 en 582-593.

(99) **Caveat: nietigheid van de deelneming versus nietigheid van de vennootschap**

(100) **Nietigheidsgronden deelneming** (cfr. gemeen recht overeenkomsten):

- onbestaande of ongeldige toestemming (bv. wilsgebreken)
- onbekwaamheid (bv. minderjarige werkende vennoot in VOF)
- geen of ongeldig/ongeoorloofd voorwerp (= inbreng)
- geen of ongeldige/ongeoorloofde oorzaak (bv. geen winstverwachting, bedoeling om met inbreng in vennootschap privéschuldeisers in de kou te zetten)

(101) **Nietigheidsgronden vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid:**

1° Materiële geldigheidsvereisten voor overeenkomsten in het algemeen

- Nietige deelneming

Principe : nietigheid 1 deelneming leidt tot nietigheid vennootschap (tenzij blijkt dat oprichters bedoeling hadden vennootschap niet te koppelen aan lot van elke individuele vennoot, cfr. voortzettings- of verblijvingsbeding)

Nietigheid treedt niet van rechtswege in; zij vereist in beginsel een rechterlijke tussenkomst  
→ declaratief (en dus retroactief) effect

- Ongeoorloofd voorwerp : maatschappelijk doel
- Ongeoorloofde oorzaak : reden oprichting vennootschap (= in principe winstoogmerk)

#### 2° Materiële geldigheidsvereisten eigen aan de vennootschapsovereenkomst

- meerhoofdigheid
- inbreng, onderworpen aan het risico van de onderneming
  - geveinsde inbreng : vordering tot geveinsdverklaring (laten vaststellen dat inbreng niet werkelijk is gebeurd)
  - bedrieglijke inbreng : *actio pauliana* (voor de derde vaak beter dan nietigheid , maar soms moeilijker te bewijzen: ook medeweten vennootschap aan te tonen)
- delen in winst, bijdragen in verlies (leonijns beding : art. 32 W.Venn.)

#### 3° Formele geldigheidsvereisten eigen aan de vennootschapsovereenkomst

- oprichting bij onderhandse of notariële akte, “op straffe van nietigheid” (art. 66 W.Venn.)
- neerlegging en andere openbaarmakingsformaliteiten (art. 2, § 4 en art. 68 e.v. W.Venn.)
- constitutieve neerlegging: ontbreken hiervan is in beginsel geen nietigheidsgrond, maar onbestaanbaarheidsvoorwaarde (vennootschap bestaat niet als rechtspersoon)

Cf. Hof van Justitie 20 september 1988 (Ubbink-arrest: venn. i.o., ingeschreven in handelsregister, sluit contract): nietigheid en nietigheidsregeling voor rechtspersonen is pas aan de orde eens vennootschap ontstaan is als rechtspersoon (conform de regels van het nationaal recht); wel aansprakelijkheidsregel voor handelingen van een niet-opgerichte venn. i.o.

- vennootschap zonder oprichtingsakte : wordt beheerst door regels van de maatschap (art. 2, § 4, tweede lid W.Venn.)

### (102) **Nietigheidsgronden vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid**

limitatief opgesomd (BVBA : art. 227 W.Venn. – CVBA : art. 403 W.Venn. – NV : art. 454 W.Venn.)

1° Oprichting heeft niet plaatsgehad in de vereiste vorm (weinig waarschijnlijk)

2° In de oprichtingsakte ontbreken bepaalde essentiële gegevens (o.m. rechtsvorm, naam, doel, zetel, identiteit oprichters, inbreng, bedrag geplaatste kapitaal – tekstverschil voor bvba en nv enerzijds en cvba anderzijds); weinig waarschijnlijk gelet op notariële oprichting

3° Het doel van de vennootschap is ongeoorloofd of strijdig met de openbare orde

Voorheen : “werkelijk doel” – aangepast nav Marleasingarrest (Hof van Justitie 13 november 1990: oprichting venn. om schuldeisers te omzeilen)

4° Het aantal oprichters is lager dan het wettelijk minimum (regularisatie mogelijk)

- Nietigheid deelneming leidt in de regel niet tot nietigheid vennootschap (opgevangen door hoofdelijke aansprakelijkheid oprichters : zie bv. artt. 456-459 W.Venn. voor de nv)
- Leonijns beding : enkel beding zelf is nietig (artt. 228, 404 en 455 W.Venn.)

#### (103) **Procedure tot nietigverklaring**

##### — Gemeen verbintenissenrecht:

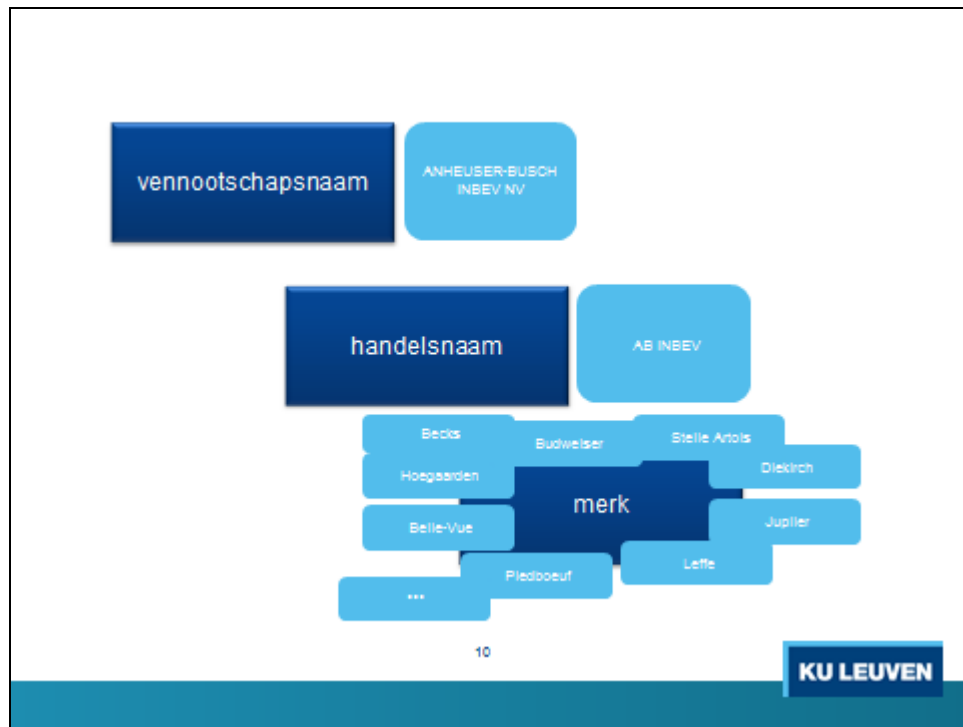
- Nietigheid moet in het algemeen worden uitgesproken door de rechter of vastgesteld in een overeenkomst tussen partijen (geen echte “nietigheid van rechtswege”)
- Nietigverklaring ex tunc (declaratief karakter), maar tempering ten voordele van verkregen rechten van derden
- Deze regels gelden onder meer m.b.t. nietigheid van een deelneming of van vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid

##### — Nietigheid vennootschap met rechtspersoonlijkheid:

- Nietigheid kan enkel worden uitgesproken bij rechterlijke beslissing (art. 172, eerste lid W.Venn.) – dus geen vaststellingsovereenkomst mogelijk
- Nietigheid werkt ex nunc (voor de toekomst; art. 172, tweede en derde lid W.Venn.) – leidt tot vereffening en doet geen afbreuk aan rechtsgeldigheid voorheen aangegane verbintenissen (art. 175 W.Venn.)
- Nietigheid kan in beginsel worden geregulariseerd tot aan rechterlijke uitspraak (bv. slechts 1 oprichter)
- Nietigheid is slechts tegenwerpelijik aan derden vanaf de publicatie
- Elke belanghebbende kan de nietigheidsvordering instellen tegen de vennootschap
- Verjaring : 5 jaar voor nietigheid Nv (en Comm.VA), BVBA of CVBA wegens vormgebrek (art. 198, § 1, laatste lid W.Venn.); anders gemeenrechtelijke termijn van 10 jaar (art. 1304 B.W.)

### **3. De naam van de vennootschap**

**Bibliografie.** G. Bogaert en P. Mayaert, “Handelsnaam – Vennootschapsnaam – Merk – Bescherming en onderlinge conflicten, Rechtspraak (1990-1997)”, *TBH* 1999, 72-96; E. Janssens, “De juridische bescherming van de handels- en vennootschapsnaam”, in *Handelspraktijken en mededinging – Jaarboek 1998*, 498-506; E. Janssens, “De bescherming van vennootschapsnaam, handelsnaam en domeinnaam”, in *Handelspraktijken en mededinging – Jaarboek 2001*, 463-469; P. Maeyaert, *De bescherming van de handelsnaam en de vennootschapsnaam in België*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006.



(104) **Toegelaten vennootschapsnaam**

- traditioneel onderscheid tussen vennootschappen met firmanaam en vennootschappen met fantasienaam (historisch : gekoppeld aan al dan niet beperkte aansprakelijkheid)
  - VOF – Comm.V : verplichte firmanaam (“gemeenschappelijke benaming”)
  - Comm.V en Comm.VA : naam van stille vennoot mag niet in firmanaam
  - Tijdelijke vennootschap : verbod op gemeenschappelijke benaming (wijst op duurzaamheid)
  - naamloze vennootschap, coöperatieve venn. : geen verwijzing naar naam vennoten
  - BVBA : kon zowel firmanaam als fantasienaam hebben
- praktijk contra legem : ook NV en CV voerden vaak firmanaam
- invoering W.Venn. : alle beperkingen opgeheven, behalve :
  - stille vennoot in Comm.V/Comm.VA : art. 207, § 2, tweede lid W.Venn.
  - tijdelijke handelsvennootschap : art. 47 W.Venn. (“zonder een gemeenschappelijke naam te voeren”)
- verbod naamswijziging voor vennootschap in vereffening (art. 183, § 2 W.Venn.)

(105) **Bescherming van de vennootschapsnaam resp. de handelsnaam**



- onderscheid vennootschapsnaam/handelsnaam/merk/domeinnaam
  - vennootschapsnaam of maatschappelijke benaming identificeert vennootschap in rechtsverkeer
  - handelsnaam is benaming die wordt gevoerd om handel te onderscheiden van andere handelsondernemingen (publicitaire functie)
  - merk dient meestal ter onderscheiding van waren of diensten, en verwijst niet naar de onderneming op zich
  - domeinnaam is een alfanumerieke weergave van een numeriek IP-adres dat het mogelijk maakt een op het internet aangesloten computer te identificeren
- bescherming van de eerste gebruiker (ongeacht evt. inschrijving of deponering als merk)
- bescherming vennootschapsnaam : art. 65 W.Venn.
  - elke vennootschap moet naam voeren die verschillend is van die van een andere vennootschap
  - vordering tot naamswijziging + schadevergoeding indien naam identiek of zozeer gelijkend dat er verwarringsgevaar is
    - meerderheidsstrekking : verwarringsgevaar in abstracto beoordelen
    - minderheidsstrekking : beoordeling in concreto
  - evt. ook vordering op basis WER (vordering tot staking – daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken)
  - hoofdelijke aansprakelijkheid oprichters of bestuurders (bij naamswijziging)
- bescherming handelsnaam : art. 8 van het Unieverdrag van Parijs van 22 maart 1883 bevat intellectueel recht; concrete bescherming overeenkomstig bepalingen nationaal recht
  - vordering tot staking ogv WER (verwarrende reclame - daad strijdig met eerlijke handelsgebruiken)
  - verwarringsgevaar vereist (beoordeeld in concreto, o.m. vergelijking namen zelf, activiteit, regio...) – dus geen automatisme zoals bij vennootschapsnaam (Cass. 21 juni 1993)
  - zeker onderscheidend karakter vereist
  - langdurig stilzitten klager kan aanduiding zijn dat verwarringsgevaar niet reëel is
  - intellectueel recht en bescherming gaan teniet bij onbruik handelsnaam
- bescherming merk : Benelux-merk, Gemeenschapsmerk (Eur. Merkenbureau Alicante op basis van Eur. verordening), Internationaal merk
  - conflict tussen oudere handelsnaam en jonger merk: merk is niet “sterker” dan niet-geregistreerde handelsnaam – eerste gebruiker heeft voorrang
  - merk biedt tav handelsnaam wel aantal voordelen: bescherming in regio waarvoor inschrijving is genomen, ongeacht effectief gebruik + mogelijkheid om ook logo enz. te deponeren
- bescherming domeinnaam : Wet van 26 juni 2003 betreffende het wederrechtelijk registreren van domeinnamen (“first come first served”)

\* \* \*

## Aansprakelijkheid van bestuurders en andere leden van organen

**Bibliografie.** M. Vandenbogaerde, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Intersentia, 2009; J.F. Goffin, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2004; J. Vananroye, "Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid", in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Intersentia, 2006, 261-302; K. Geens en J. Vananroye, "Bestuursaansprakelijkheid in NV en BVBA", in *Vennootschaps- en financieel recht*, K. Geens (ed.), in *Vennootschaps- en financieel recht*, Themis-cahiers, Die Keure, 2002, 5-26; J. Vananroye, "Enkele recente evoluties inzake bestuursaansprakelijkheid", in *Vennootschaps- en financieel recht*, Themis-cahier, Die Keure, 2005, 77-100; M. Wauters, "Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders", in *Vennootschaps- en Financieel recht*, Themis-cahier, Die Keure, 2008, 53-76; M. Wyckaert en F. Parrein, "Een ongeluk komt nooit alleen. Hoe weegt de insolventie van de vennootschap op de bestuurdersaansprakelijkheid?", in *Vennootschaps- en Financieel recht*, Themis-cahier, Die Keure, 2011; S. De Geyter, *Organisatieaansprakelijkheid. Bestuurdersaansprakelijkheid, corporate governance en risicomanagement*, Antwerpen, Intersentia, 518 p.

### 1. Overzicht

(106) **Summa divisio burgerrechtelijke bestuursaansprakelijkheid.** Traditioneel wordt als grote breuklijn in de bestuursaansprakelijkheid het onderscheid naar voren geschoven tussen:

- gewone bestuursfouten; en
- overtredingen van het W.Venn. of de statuten.



Helemaal verhelderend is dat niet altijd, al was het maar omdat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad die geen overtreding is van het W.Venn. of de statuten hierin geen plaats vindt. Een relevantere *summa divisio* is die tussen:

- interne aansprakelijkheid (contractueel - t.a.v. de vennootschap);

Intern kunnen bestuurders of zaakvoerders door de vennootschap aansprakelijk worden gesteld voor bestuursfouten. Deze interne aansprakelijkheid is in de regel contractueel. Omdat de analogie met het lastgevingscontract vaak wordt gemaakt, heet de aansprakelijkheidsvordering ook wel de *actio mandati*.

- externe aansprakelijkheid (buitencontractueel - t.a.v. derden).

T.a.v. derden kunnen bestuurders of zaakvoerders extern aansprakelijk gesteld worden voor onrechtmatige daden die ze begaan, zelfs al doen ze dit binnen hun bestuurstaak. Deze aansprakelijkheid kan zowel bestaan in (i) een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm of (ii) de schending van een specifieke wettelijke of reglementaire regel.

Dit onderscheid is belangrijk voor de invulling van de toetsingsstandaard, de vorderingsgerechtigden in en buiten faillissement, de voorwaarden voor een deskundigenonderzoek, het effect van de kwijting, de mogelijkheid van exoneration, de bevoegde rechtbank ...

Voor tekortkomingen die een overtreding vormen van de vennootschapswetgeving of de statuten is er een bijzonder aansprakelijkheidsregime dat zowel geldt voor interne als externe aansprakelijkheid (zie verder nr. (115)). Dit bijzonder regime verandert niets aan de contractuele dan wel quasi-delictuele aard van de aansprakelijkheid.

(107) **Strafrechtelijke aansprakelijkheid.** De aansprakelijkheid van de bestuurders kan ook strafrechtelijk zijn.

- Bepaalde strafbepalingen, vnl. in het W. Venn., richten zich expliciet naar bestuurders. Met de Faillissementswet van 1997 is ook het misbruik van vennootschapsgoederen strafbaar gesteld (art. 492bis Sw). Deze bepalingen richten zich ook naar de bestuurders in feite.
- Daarnaast is een bestuurder (of een andere natuurlijke persoon in de schoot van de rechtspersoon) natuurlijk ook strafrechtelijk verantwoordelijk indien hij een "gemeen" misdrijf pleegt. Ook indien het misdrijf in de eerste plaats als een misdrijf van de rechtspersoon geldt (wat o.a. het geval is als de delictsomschrijving een hoedanigheid omvat die enkel de vennootschap bezit), kunnen de bestuurders of andere natuurlijke personen binnen de vennootschap hiervoor strafrechtelijk verantwoordelijke worden gesteld.

Dit vergt wel een soms moeilijke toewijzingsoefening binnen de rechtspersoon.

Voor misdrijven die zowel aan de rechtspersoon als aan een geïdentificeerde natuurlijke persoon kunnen worden toegerekend, voorziet art. 5 al. 2 Sw. onder bepaalde voorwaarden wel een strafuitsluitende verschoningsgrond (zie verder nr. (134)).

(108) **Vaste vertegenwoordiger van rechtspersoon-bestuurder.** Rechtspersonen die een bestuursmandaat (met inbegrip van het mandaat van zaakvoerder of lid vna het directiecomité) bekleden moeten een vaste vertegenwoordiger aanstellen voor de uitvoering van de bestuurstaak. Deze vertegenwoordiger is persoonlijk aansprakelijk, zowel op burgerrechtelijk als strafrechtelijk vlak, als zou hij het mandaat in eigen naam en voor eigen rekening vervullen (art. 61 §2 W.Venn.). Uiteraard blijft ook de bestuurder-rechtspersoon zelf onverkort instaan voor de aansprakelijkheid die wordt opgelopen naar aanleiding van de uitvoering van het bestuursmandaat.

Enigszins ten overvloede preciseert de wet dat de aansprakelijkheid van de vaste vertegenwoordiger zich niet uitstrekt tot de persoonlijke gehoudenheid voor de vennootschapschulden die in de vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid op de zaakvoerder-vennoot rust. Enkel de rechtspersoon-zaakvoerder-vennoot staat met zijn volledige vermogen in voor de schulden van de V.O.F., Comm.V, Comm.VA of CVOA. De vaste vertegenwoordiger is echter wel mee aansprakelijk voor de goede uitoefening van het mandaat als zaakvoerder.

(109) **Directiecomité.** In de NV kan de raad van bestuur, mits statutaire machtiging, zijn bevoegdheden aan een directiecomité overdragen, met uitzondering van de bevoegdheid inzake het algemeen beleid en inzake handelingen die door het Wetboek van vennootschappen aan de raad van bestuur worden voorbehouden (art. 524bis W.Venn.).

De aansprakelijkheid van de leden van het directiecomité wordt in belangrijke mate onderworpen aan vergelijkbare regels als deze van bestuurders (art. 527-529 W.Venn.):

- Zo zijn de leden van het directiecomité aansprakelijk voor de door hen begane bestuursfouten en werd het bijzonder regime inzake overtredingen van het Wetboek van vennoot-

schappen of van de statuten ook op hen toepasselijk verklaard, met dien verstande dat de leden van het directiecomité slechts aan het toerekeningsvermoeden ontkomen wanneer zij de inbreuk hebben gemeld op de eerste vergadering van de raad van bestuur (i.p.v. algemene vergadering) nadat zij er kennis van kregen. Wel ontbreekt een verplichte periodieke rapportering.

- Ook inzake kwijting ontbreekt elke wettelijke regeling, al kan de vennootschap uiteraard op gemeenrechtelijke gronden afzien van de aansprakelijkheidsvordering jegens de leden van het directiecomité. Overeenkomstig het gemeen recht komt het initiatief om de aansprakelijkheidsvordering in te stellen toe aan de raad van bestuur, die ook met het toezicht op het directiecomité werd belast.
- Tot slot kan nog worden opgemerkt dat de wetgever heeft nagelaten om de verkorte verjaringstermijn van vijf jaar (art. 198 W.Venn.) toepasselijk te verklaren op de aansprakelijkheid van de leden van het directiecomité zodat de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen uit het Burgerlijk Wetboek toepassing vinden (tien respectievelijk vijf jaar naargelang de vordering een contractuele of buitencontractuele grondslag kent, zie art. 2262bis §1 B.W.). Tenzij anders vermeld, wordt verder niet afzonderlijk op de positie van de leden van het directiecomité ingegaan.

- (110) **Dagelijks bestuur.** Daarnaast kan de raad van bestuur van een NV het dagelijks bestuur van de vennootschap opdragen aan één of meer personen (art. 525 W.Venn.).

Zie over de omvang van de notie dagelijks bestuur, Cass. 26 februari 2009, RW 2009-10, 1129, noot W. Goossens en B. Cafmeyer; T.B.H. 2009, 948, noot E. Pottier en A. Bertrand; T.B.H. 2010 (weergave D. Haex), 724 en TRV 2009, 444, noot C. Clottens:

“De daden van dagelijks bestuur zijn die welke geboden zijn door de noden van het dagelijks leven van de vennootschap en die welke zowel wegens het geringe belang als wegens de noodzaak van een snelle oplossing, het optreden van de raad van bestuur zelf overbodig maken.”

De delegatie inzake dagelijks bestuur kan zowel worden uitgeoefend op basis van een contractuele relatie geënt op de lastgeving, als onder arbeidsovereenkomst. De aard van deze rechtsverhouding is uiteraard van belang bij de beoordeling van het aansprakelijkheidsregime.

## 2. Interne bestuursaansprakelijkheid (t.a.v. de vennootschap)

- (111) **Interne aansprakelijkheid in de regel contractueel.** De bestuurders of zaakvoerders staan in een contractuele verhouding met de vennootschap; ook hun aansprakelijkheid zal in de regel contractueel zijn.

De vennootschap kan de bestuurders of zaakvoerders enkel buitencontractueel aanspreken binnen de grenzen van de verbintenisrechtelijke samenloopleer. Dit veronderstelt dat de fout van de bestuurder een tekortkoming uitmaakt, niet aan zijn contractuele verbintenis, maar aan de algemene zorgvuldigheidsplicht van eenieder, en dat deze fout andere dan aan de slechte uitvoering van het contract te wijten schade heeft veroorzaakt. Ook wanneer zij op buitencontractuele grondslag is gevestigd, blijft de vordering door de vennootschap tegen haar bestuurders een interne aansprakelijkheidsvordering die aan de regels voor de *actio mandati* is onderworpen.

- (112) **“Marginale toetsing”.** Er bestaat een consensus dat de rechter zich terughoudend moet opstellen t.a.v. gewone bestuursfouten en het gedrag van de bestuurders enkel mag beoordelen vanuit een *ex ante*-perspectief. Vaak wordt gesteld dat de rechter de handelingen van de bestuurder slechts marginaal kan toetsen. Dit erkent de beleidsvrijheid van de bestuurder en wil voorkomen dat bestuurders uit vrees voor aansprakelijkheid bij elk mislukt project enkel risicoloze beslissingen nemen waardoor waardevolle projecten niet zouden worden gerealiseerd. De toepassing van het concept marginale toetsing is hier omstreden, maar dezelfde rechterlijke terughoudendheid wordt evenzeer bereikt door de concretisering van het algemene foutbegrip naar de bijzondere situatie van de bestuurder.

- (113) **Corporate governance.** Tot voor kort vormden corporate governance codes *soft law*. Voor aansprakelijkheidsdoeleinden waren zij vooral relevant bij de concrete invulling van het concept van de zorgvuldige bestuurder, geplaatst in dezelfde omstandigheden, die als referentiepunt geldt bij de *ex ante* toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm. Daarnaast kan een Corporate Governance Charter tevens de waarde hebben van een geheel van interne vennootschappelijke regels, die de vennootschap zichzelf heeft opgelegd (cf. *patere legem quem ipse fecisti*).

Sinds de Wet van 6 april 2010 en het K.B. van 6 juni 2010 heeft de Corporate Governance Code (“Code Daems”) in genoteerde vennootschappen een semi-wettelijke grondslag.

Zoals aangegeven in Les 9 zal eventuele aansprakelijkheid in dat verband vooral verband houden met een inbreuk op de “*comply or explain*”-regel (art. 96 §2, 2° W.Venn.).

- (114) **Belangenconflicten.** Bijzondere sancties gelden in geval van miskenning van de belangenconflictenregeling. De schending zal daarnaast tevens een inbreuk uitmaken op het Wetboek van vennootschappen.

In de praktijk zal de rechterlijke toetsing van het doen of nalaten van een bestuurder strenger zijn indien de bestuurder een belang heeft of vertegenwoordigt dat tegengesteld is aan het vennootschapsbelang, zelfs indien de belangenconflictenregeling formeel niet van toepassing is of correct is nageleefd.

Lees ook art. 529 W.Venn.

- (115) **Individuele vs. gezamenlijke aansprakelijkheid / schendingen W.Venn. of statuten.** De gewone regel is dat bestuurders individueel aansprakelijk zijn, zij het dat bij een samenlopende of een gemeenschappelijk fout respectievelijk de aansprakelijkheid in solidum en de hoofdelijke aansprakelijkheid geldt.

Bij een overtreding van het W.Venn. of de statuten is in afwijking hiervan de aansprakelijkheid altijd hoofdelijk (Art. 263 en 528 W.Venn.). Voor deze fouten geldt nog een andere afwijking op het gemene recht: de bestuurder wordt vermoed aansprakelijk te zijn, tenzij:

- hij aan de overtreding geen deel heeft gehad;
- hem geen schuld kan worden verweten; en
- hij de overtreding heeft aangeklaagd op de eerstvolgende algemene vergadering nadat hij ervan kennis heeft gekregen.

Behoudens deze afwijkingen, blijft de aansprakelijkheid er een van gemeen recht zodat de eiser niet ontslagen is van de verplichting om het oorzakelijk verband aan te tonen tussen fout en schade (zie verder).

- (116) **Wie stelt vordering in? verplichte tussenkomst AV.** Het W.Venn. stelt een beslissing van de algemene vergadering (AV) verplicht, alvorens het bestuursorgaan van een NV, BVBA of CVBA zittende of voormalige bestuurders of zaakvoerders in rechte kan aanspreken voor hun interne aansprakelijkheid (art. 289, 415 en 561 W.Venn.). De AV kan beslissen de uitoefening van deze *actio mandati* toe te vertrouwen aan een bijzondere lasthebber.



Het Hof van Cassatie diende hieraan te herinneren in een arrest van 25 september 2003 NV die een bestuurder in rechte aanspreekt zonder beslissing van de AV treedt onbevoegd op aangezien de AV exclusief bevoegd is om te beslissen de *actio mandati* in te stellen. Omdat het hier een wettelijke bevoegdheidsbeperking van de raad van bestuur betreft heeft deze exclusieve bevoegdheid externe werking: deze beperking kan zowel door als tegen de vennootschap worden ingeroepen. Zoals bekend zijn louter statutaire beperkingen aan de bevoegdheid van de raad van bestuur daarentegen niet tegenwerpelijk door of tegen de vennootschap (art. 522 § 1 al. 2 W.Venn.). Zie hoger nr. 38.

Hierbij past wel een belangrijke kanttekening. Indien de vennootschap door een advocaat wordt vertegenwoordigd, wordt er vermoed dat de AV een geldige beslissing heeft genomen, totdat de verwerende bestuurder of zaakvoerder hiervan het tegenbewijs levert. Dit volgt uit de interpretatie die het Hof van Cassatie geeft aan het “vermoeden van mandaat” van art 440 al. 2 Ger.W. bij de advocaat die optreedt namens een rechtspersoon, en daarbij enkel vermeldt op te treden namens een regelmatig geïdentificeerde rechtspersoon. In dit geval volgt uit vaste rechtspraak dat de advocaat vermoed wordt zijn opdracht te hebben gekregen van een bevoegd orgaan van de rechtspersoon (zie Les 2). De aangesproken bestuurder of zaakvoerder kan dan ook geen overlegging vragen van stukken waaruit een geldige beslissing van de AV blijkt.

Het vereiste van een beslissing door de AV geldt enkel voor een *actio mandati* ingesteld vóór ontbinding of faillissement. Na ontbinding of vereffening zijn de vereffenaar of de curator bevoegd voor het instellen van de *actio mandati*, zonder dat een beslissing van de AV is vereist.

- (117) **Verplichte tussenkomst AV: toepassingsgebied.** Een beslissing van de AV is vereist voor vorderingen tegen bestuurders, zaakvoerders en commissarissen:
- Deze verplichting geldt voor vorderingen tegen zowel zittende als gewezen mandatarissen.
  - De vordering tegen de vaste vertegenwoordiger door de bestuurdde vennootschap is aan dezelfde voorwaarden onderworpen als die tegen de bestuurder-rechtspersoon; een beslissing van de AV is dus vereist (M. Wauters, "De bestuurder-rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger", in *Nieuw vennootschapsrecht 2002. Wet Corporate Governance*, Biblo, 2003, 86, nr. 77).
  - Voor de leden van het dagelijks bestuur en het directiecomité is een beslissing door de AV dan weer niet nodig; de raad van bestuur kan zelf beslissen om de dagelijks bestuurder of een lid van het directiecomité in rechte aan te spreken (zie boven).
  - Een aansprakelijkheidsvordering tegen een “feitelijke bestuurder” kan volgens de normale regels van bestuur en vertegenwoordiging worden ingesteld, zonder dat een beslissing van de AV is vereist. De “feitelijke bestuurder” staat immers per definitie niet in een bestuursverhouding met de vennootschap, zodat het bijzonder stelsel voor organen niet van toepassing is.
  - Een beslissing van de AV is evenmin vereist voor een vordering tegen een derde, die "medeplichtigheid" aan een bestuursfout wordt verweten.

De beslissing van de AV is enkel vereist voor het afdwingen in rechte van de aansprakelijkheid van het orgaan t.a.v. de vennootschap, zowel in het geval van contractuele als van buitencontractuele aansprakelijkheid:

- Een vordering met een andere oorsprong dan de bestuurstaak is niet onderworpen aan het bijzonder stelsel.
- Ook de eventuele regresvordering tegen een orgaan van een rechtspersoon, die zelf door een derde uit onrechtmatige daad is aangesproken, vereist een beslissing van de AV.
- Hetzelfde geldt voor een aansprakelijkheidsvordering die de vennootschap als burgerlijke partij instelt voor de strafrechter tegen een bestuurder. Een voorbeeld hiervan is de burgerlijke partijstelling voor misbruik van vennootschapsgoederen. Een gewone klacht zonder eis tot schadevergoeding vereist uiteraard geen beslissing van de AV.

- (118) **Verzuim: mogelijkheid van bekrachtiging.** Het Hof van Cassatie kreeg in het arrest van 25 september 2003 niet de kans zich uit te spreken over de mogelijkheid en de voorwaarden van een bekrachtiging van een zonder machtiging van de AV ingestelde of gelaste *actio mandati*.

Bekrachtiging van proceshandelingen is principieel mogelijk, ook nadat de vordering reeds is ingesteld. Het arrest *a quo* van het Hof van Beroep van Antwerpen oordeelde hier ten onrechte anders over, met als argument dat de hoedanigheid van een partij beoordeeld moet worden op het ogenblik van het instellen van de vordering (Antwerpen 1 maart 1999, TRV 2000, (181) 182). Het behoort echter tot het kenmerk van een geldige bekrachtiging dat deze terugwerkt tot op het ogenblik dat de vertegenwoordigingshandeling werd gesteld, *in casu* het instellen van de vordering.

Deze bekrachtiging moet gebeuren:

- door het bevoegde orgaan;
- binnen de oorspronkelijke verjaringstermijn van de *actio mandati*; en
- vóór er een vonnis is over de ontvankelijkheid van de vordering.

Bekrachtiging is ook nog mogelijk nadat de tegenpartij tijdens het geding de afwezigheid van een beslissing van de AV heeft opgeworpen, al moet de bekrachtiging dan binnen een redelijke termijn gebeuren (in de praktijk: vóór het sluiten van de debatten).

- (119) **Wie stelt vordering in? "minderheidsvordering".** Sinds 1991 heeft in de NV, BVBA en CVBA de algemene vergadering niet langer het monopolie om de aansprakelijkheidsvordering tegen bestuurders op grond van hun interne aansprakelijkheid op gang te trekken. Ook een vennoot of aandeelhouder kan voor rekening van de vennootschap de bestuurders aanspreken via de minderheidsvordering (art. 290, 416 en 562 W.Venn.).

- Vennoten of aandeelhouders die de kwijting hebben goedgekeurd kunnen de minderheidsvordering niet meer instellen, tenzij die kwijting ongeldig blijkt.
- De vennoot of aandeelhouder dient verder alleen of in groep op de dag waarop de algemene vergadering zich uitsprekt over de kwijting effecten te bezitten die tenminste 1% (NV) of 10% (BVBA en CVBA) vertegenwoordigen van de stemmen. In de NV volstaat het ook als de eisers op diezelfde dag effecten bezitten met een kapitaalvertegenwoordigende waarde van ten minste 1.250.000 €. Met het W.Venn. werd ook in de CVBA deze alternatieve kapitaalsdrempel ingevoerd.

- De houders van certificaten hebben geen recht om de minderheidsvordering in te stellen, ook niet wanneer de certificaten zijn uitgegeven met medewerking van de vennootschap; dit recht komt toe aan het administratiekantoor.

(120) **CVOA.** Zie Grondwettelijk Hof, 16 september 2010:

"Door ten gunste van de minderheidsaandeelhouders of de minderheidsvennoten in een minderheidsvordering te voorzien, kunnen dezen, voor rekening van de vennootschap, een aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurders of de zaakvoerders instellen, inzonderheid in het geval van stilzitten of van weigering van de meerderheid van de algemene vergadering van de betrokken vennootschap om een dergelijk initiatief te nemen.

Het is redelijkerwijze niet verantwoord die mogelijkheid enkel aan de minderheidsaandeelhouders of de minderheidsvennoten van een nv, een bvba of een cvba toe te kennen en die te ontzeggen aan de minderheidsvennoten van een cvoa. Zulks geldt des te meer nu de minderheidsvennoten van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap, terwijl de minderheidsvennoten van onder meer een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid slechts ten belope van hun inbreng voor de schulden van de vennootschap instaan (artikel 352 van het Wetboek van vennootschappen), zodat de minderheidsvennoten van een cvoa in voorkomend geval een groter vermogensrechtelijk risico lopen bij eventuele fouten van hun zaakvoerders dan de minderheidsvennoten van een cvba.

Bovendien stelt het Hof vast dat in de Europese coöperatieve vennootschap een minderheidsvordering kan worden ingesteld tegen de bestuurders, de leden van de directieraad en de leden van de raad van toezicht (artikel 993 van het Wetboek van vennootschappen).

Uit wat voorafgaat vloeit voort dat het in de prejudiciële vragen aangeklaagde verschil in behandeling discriminerend is, ten gevolge van het ontbreken van een wettelijke regeling op grond waarvan de minderheidsvennoten van een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid een minderheidsvordering kunnen instellen, vergelijkbaar met die welke de minderheidsvennoten of minderheidsaandeelhouders van, onder meer, een bvba, een cvba of een nv kunnen instellen. "

(121) **Minderheidsvordering is "afgeleide vordering"** . De vennoten of aandeelhouders oefenen de *actio mandati* uit voor rekening van de vennootschap. Een eventuele schadevergoeding komt dan ook aan de vennootschap toe. Excepties tegen de vennootschap belemmeren ook de minderheidsvordering.

Een belangrijke uitzondering hierop is dat de, zelfs geldige, kwijting geen verweer vormt tegen een minderheidsvordering. Zoals boven aangegeven kan de minderheidsvordering echter niet worden ingesteld door een aandeelhouder die de betrokken bestuurder kwijting heeft, behoudens wanneer de ongeldigheid van de kwijting kan worden aangetoond.

Ondanks haar naam is de minderheidsvordering niet voorbehouden voor minderheidsvennoten of -aandeelhouders, een begrip dat overigens niet gedefinieerd is in het W.Venn. Een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk was het gevolg van wederzijdse minderheidsvorderingen van twee aandeelhouders-bestuurders met elk 50% van de stemmen (Kh. Kortrijk 19 februari 2003, TRV 2003, 417, noot J. Vananroye, "De minderheidsvordering: onterecht onbemind?").

De minderheidsvordering kan enkel worden ingesteld tegen bestuurders en zaakvoerders, al moet daar ook de vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon-bestuurder onder worden begrepen.



De aansprakelijkheidsvorderingen tegen leden van het dagelijks bestuur of het directiecomité kunnen niet d.m.v. de minderheidsvordering worden ingesteld.

- (122) **Individuele vorderingen van aandeelhouders.** Indien bestuursdaden schade veroorzaken aan de vennootschap, zullen aandeelhouders daar ook de weerslag van ondergaan in de waarde van hun aandelen. Toch heeft de aandeelhouder geen individuele vordering voor schade aan zijn aandelen die louter is afgeleid van de schade aan het vennootschapsvermogen (zie Les 1).

Ook schuldeisers kunnen een gelijkaardige patrimoniale reflexschade lijden doordat hun onderpand in waarde vermindert, waarvoor zij evenmin de bestuurders kunnen aanspreken (zie verder).

Aandeelhouders en schuldeisers kunnen bestuurders natuurlijk wel aanspreken voor bijzondere schade, d.w.z. schade die verschilt van de waardevermindering van hun claim t.g.v. schade aan de vennootschap. Hier is dan echter sprake van externe aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad.

- (123) **Vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek.** Ter voorbereiding of ondersteuning van een minderheidsvordering kunnen één of meer aandeelhouders die ten minste 1% hebben van de stemmen of 1.250.000 € van het kapitaal vertegenwoordigen, de aanstelling vorderen van deskundigen, indien er aanwijzingen zijn dat de belangen van de vennootschap op ernstige wijze in gevaar komen of dreigen te komen (art. 168 W.Venn.). Dit vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek kan eventueel ook in kort geding worden gevorderd.

Voor feiten die enkel de *interne* aansprakelijkheid van de bestuurders in het gedrang kunnen brengen, kan een aandeelhouder echter niet de drempels van art. 168 W.Venn. ontwijken door, al dan niet in kort geding of op eenzijdig verzoekschrift, de aanstelling van een gemeenschappelijke deskundige vorderen (zie in de "L&H zaak": Kort. Ged. Kh. Ieper 22 december 2000, TRV 2000, 44, noot J. Vananroye). Helemaal onbetwist is dit echter niet, omdat een aandeelhouder, zonder aan een kwantitatieve drempel te moeten voldoen, in kort geding een voorlopig bewindvoerder kan vorderen met soms ruimere bevoegdheden dan een deskundige. Niet betwist is dat een aandeelhouder onder de voorwaarden van het gemeenrecht een deskundigenonderzoek kan vorderen voor feiten die de *externe* aansprakelijkheid van een bestuurder jegens hem in het gedrang kunnen brengen, zonder aan een kwantitatieve drempel te moeten voldoen.

- (124) **Matigen aansprakelijkheidsrisico: kwijting.** Na de goedkeuring van de jaarrekening beslist de A.V. bij afzonderlijke stemming over de kwijting van bestuurders (art. 284 en 554 W.Venn.). Door een geldige kwijting doet de vennootschap afstand van de *actio mandati*.

Grenzen aan het comfort dat een kwijting biedt:

- De kwijting geldt niet als verweer tegen een minderheidsvordering, die enkel kan worden ingesteld op initiatief van aandeelhouders die geen geldige kwijting hebben goedgekeurd.
- De afstand door de vennootschap van de interne aansprakelijkheidsvordering heeft vanzelfsprekend geen invloed op externe aansprakelijkheidsvorderingen van derden.
- Kwijting is enkel geldig indien in de jaarrekeningen geen weglatingen of onjuistheden voorkomen die de werkelijke toestand van de vennootschap verbergen. Niettegenstaande weglatingen of onjuistheden in de jaarrekening, zal de kwijting echter geldig zijn, indien de algemene vergadering op een andere wijze kennis heeft gekregen van de werkelijke toestand van de vennootschap (zie Cass. 12 februari 1981, AC 1980-81, 662, BRH 1981, 154; zie

hierover ook A. Goeminne, "Kwijting van bestuurders en zaakvoerders", RW 1995-96, 1007-1010).

- Overtredingen van de statuten en het W.Venn. zijn enkel gedekt door de kwijting indien bepaaldelijk aangegeven in de oproeping.
- Het is denkbaar dat een kwijtingsbesluit vernietigd wordt wegens misbruik van meerderheid, indien geen redelijke aandeelhouder in het licht van het vennootschapsbelang voor kwijting had kunnen stemmen.
- Het is betwist of een kwijting bestuurders ontslaat van aansprakelijkheid voor een eventuele onrechtmatige daad jegens de vennootschap. Zelfs indien we aannemen dat een kwijting niet automatisch onrechtmatige daden dekt, is er geen reden om af te wijken van de gemeenrechtelijke regel dat ook afstand kan worden gedaan van een aansprakelijkheidsvordering uit onrechtmatige daad, zelfs als die een misdrijf vormt. In het gemeen recht veronderstelt een afstand wel een grotere "kennis van zaken" dan bij de vennootschapsrechtelijke kwijting. Het is nl. niet voldoende is dat de jaarrekening een waarheidsgetrouw beeld geeft van toestand van de vennootschap, maar de A.V. moet ook in staat zijn om uit de jaarrekening de gepleegde fouten af te leiden.
- Ook als de curator de *actio mandati* instelt, is de rechtsgeldig vóór het faillissement verleende kwijting hem tegenwerpelijk. De curator oefent immers de interne aansprakelijkheidsvordering uit, met alle excepties die daaraan kleven, op grond van het collectief faillissementsbeslag ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers. Wel kan de curator de kwijting eventueel aanvechten d.m.v. de *actio pauliana* of de herstelbevoegdheden van art. 17-18 Faill.W., indien ze met bedrieglijke miskenning van de rechten van de schuldeisers is gebeurd (zie ook verder).
- Indien de curator of een individuele schuldeiser vordert op grond van de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijke grove fout (zie verder) is de kwijting in ieder geval niet tegenwerpelijk.

- (125) **Matigen aansprakelijkheidsrisico: verzekering.** Bestuurders kunnen hun aansprakelijkheid verzekeren en de vennootschap kan dit voor hun rekening of te hunne gunste doen.

Daarbij is het vroeger beletsel dat een aansprakelijkheidsverzekering niet mogelijk is voor een zware fout, weggefallen ingevolge art. 8 van de nieuwe Verzekeringswet van 25 juni 1992. Voortaan is enkel die grove schuld niet verzekerd die expliciet in het verzekeringscontract is omschreven. Zelfs indien de premie in eerste instantie ten laste valt van de vennootschap, kan niet getwijfeld worden aan de legitimiteit daarvan, precies omdat het vennootschapsbelang erbij gebaat is dat te gepasten tijde, met kans op verzilvering, een aansprakelijkheidsvordering kan worden ingesteld tegen haar bestuurders.

- (126) **Matigen aansprakelijkheidsrisico: exonerie.** De vraag of een bestuurder zich geldig kan exoneren voor zijn interne aansprakelijkheid is betwist.

- Aan de ene zijde wordt voorgehouden dat de bepalingen inzake bestuursaansprakelijkheid van dwingend recht zijn, zoniet van openbare orde, en dat er dus in elk geval niet van kan worden afgeweken vóór de schade ontstaan is.
- Aan de andere zijde wordt verdedigd dat een exonatieclausule mogelijk is binnen de grenzen van het gemeen recht, dat wil zeggen dat de vennootschap geldig dient toe te stemmen en dat de clausule niet tot gevolg mag hebben dat de essentie van het bestuurscontract geheel wordt uitgehold. Hierdoor is het niet zeker of een exonatieclausule, zo al geldig, wel veel nut heeft. Voor lichte fouten zal de bestuurders immers in de regel niet aansprakelijk worden gesteld gezien de terughoudendheid van de rechter (zie hoger). Voor een zware fout is een exonatie weliswaar principieel mogelijk, maar de vraag rijst of dit de fiduciaire opdracht van de bestuurder niet iedere zin ontnemt en daarom sowieso ongeldig is.

- (127) **Matigen aansprakelijkheidsrisico: vrijwaring?** Het is weinig zinvol om te spreken over de vrijwaring van de bestuurder door de vennootschap voor zijn interne aansprakelijkheid, aangezien een vrijwaringsovereenkomst betrekking heeft op mogelijke aanspraken van anderen dan degene die vrijwaart. Indien de vennootschap haar bestuurders vrijwaart voor haar eigen mogelijke aansprakelijkheidsvorderingen dient dit als een exoneratiebeding behandeld te worden.
- (128) **Matigen aansprakelijkheidsrisico: art. 18 WAO?** Zoals bekend kan de bestuurder van een NV in zijn bestuurshoedanigheid geen werknemer zijn. Een cumulatie tussen een bestuursmandaat en een arbeidsovereenkomst met dezelfde vennootschap is wel mogelijk, in de mate waarin hij effectief onder gezag van een vennootschapsorgaan staat en het gaat om een van zijn bestuursmandaat afzonderlijke en onderscheiden functie van werknemer. Deze functie kan zelfs die van dagelijks bestuurder zijn (Cass. 28 mei 1984, RW 1984-85, 333).

Een mogelijkheid om het aansprakelijkheidsrisico te beheren bestaat erin dat de bestuurder in een andere hoedanigheid met de vennootschap een arbeidsovereenkomst sluit en poogt zoveel mogelijk handelingen onder dat statuut te brengen. In dat geval geniet hij voor die handelingen van de aansprakelijkheidsbeperking eigen aan de werknemer (art. 18 WAO): de werknemer is jegens de werkgever of derden slechts persoonlijk aansprakelijk voor bedrog, zware fout of gewoonlijk voorkomende lichte fout.

Cumulatie tussen het mandaat van zaakvoerder en een arbeidsovereenkomst voor een onderscheiden functie is onder dezelfde voorwaarden mogelijk in de BVBA. Het is zeer de vraag of de zaakvoerder ook in zijn bestuurshoedanigheid werknemer kan zijn, zelfs als er een andere zaakvoerder is onder wiens feitelijk gezag hij staat. In ieder geval is het moeilijk aanvaardbaar dat in dat geval de ganse aansprakelijkheid van de zaakvoerder onder de aansprakelijkheidsbeperking van art. 18 WAO komt.

### 3. Externe bestuursaansprakelijkheid (t.a.v. derden)

- (129) **Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.** Bestuurders die een onrechtmatige daad plegen t.a.v. derden zijn hiervoor aansprakelijk. Dat deze onrechtmatige daad eventueel ook aan de vennootschap wordt toegerekend betekent niet dat de bestuurders van aansprakelijkheid worden ontheven.

De regels van de *actio mandati* zijn niet van toepassing op vorderingen op grond van de externe aansprakelijkheid van bestuurders. Voor de externe aansprakelijkheid geldt wel het bijzondere regime voor overtredingen van het W.Venn. of de statuten.

Ook aandeelhouders kunnen een vordering uit onrechtmatige daad hebben tegen bestuurders voor schade die niet louter bestaat in de waardevermindering van hun aandelen t.g.v. een bestuursfout. Dit is bv. het geval voor een aandeelhouder die zijn aandelen aan een te hoge prijs heeft gekocht, afgaande op een verkeerde balans.

- (130) **Matigen aansprakelijkheidsrisico.** De verzekering van de externe aansprakelijkheid van bestuurders door de vennootschap is vergeleken met die van de interne misschien minder evident in het vennootschapsbelang, aangezien de vennootschap er niet rechtstreeks baat van zal hebben. Toch kan dit verdedigd worden als een vorm van vergoeding, die toestaat bekwame bestuurders aan te trekken die kunnen besturen zonder verlamd te zijn door hun aansprakelijkheidsrisico.

De aansprakelijkheidsbeperking van art. 18 WAO werkt ook t.a.v. derden, maar belet natuurlijk niet dat de onrechtmatige handeling van de bestuurder/werknemer aan de rechtspersoon-werkgever kan worden toegerekend.

Uiteraard doet een kwijting door de A.V. geen afbreuk aan de externe aansprakelijkheidsvorderingen van derden. Ook een exoneration van de bestuurders door de vennootschap heeft vanzelfsprekend geen invloed op hun externe aansprakelijkheid.

Het lijkt geen twijfel dat derden (bv. een aandeelhouder) bestuurders in beginsel kunnen vrijwaren voor hun aansprakelijkheid t.a.v. derden. Dit heeft immers niet tot gevolg dat de bestuurder niet langer zelf aansprakelijk zou zijn, en evenmin dat de vennootschap de bestuurder niet zelf zou mogen aanspreken voor enige schade die zij heeft geleden.

De vennootschap zelf moet in sommige gevallen de bestuurder vrijwaren voor zijn externe aansprakelijkheid, zelfs zónder dat zij een uitdrukkelijke vrijwaringsverbintenis heeft opgenomen. Voor de bestuursovereenkomst geldt immers art. 2000 B.W.: "De lastgever moet de lasthebber ook schadeloos stellen voor de verliezen die deze ter gelegenheid van de uitvoering van zijn opdracht geleden heeft, indien hem geen onvoorzichtigheid te wijten valt." Deze onvoorzichtigheid dient beoordeeld te worden binnen de relatie vennootschap - bestuurder, wat maakt dat niet elke onrechtmatige daad van de bestuurder de vennootschap ontslaat van de verplichting hem schadeloos te stellen. De bestuurder kan immers zijn externe aansprakelijkheid hebben opgelopen ter behartiging van de belangen van de vennootschap of zelfs ter uitvoering van het beleid van de vennootschap. Zelfs voor misdrijven gepleegd door een bestuurder, zo leert art. 5 al. 2 Sw., kan de "zwaarste fout" eerder bij de vennootschap dan bij de bestuurder liggen.

Het spiegelbeeld hiervan is dat, indien de vennootschap wordt aangesproken voor een onrechtmatige daad verricht door een bestuurder, zij niet altijd regres kan nemen op die bestuurder.

Indien de vennootschap de bestuurder echter ook vrijwaart of afstand van regres doet voor onrechtmatige daden die ook een bestuursfout t.a.v. de vennootschap vormen, moet dit behandeld worden als een exonerationclausule (zie hoger). De vrijwaring door de vennootschap voor externe aansprakelijkheid is in dat geval immers ook een voorafgaandelijke afstand van de *actio mandati*.



(131)

**Immunititeit als uitvoeringsagent t.a.v. contractuele schuldeisers.** Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 7 november 1997 de leer van de quasi-immunititeit van de uitvoeringsagent van toepassing verklaard op bestuurders van vennootschappen en hiermee een extra rem op hun externe aansprakelijkheid geplaatst (Cass. 7 november 1997, *TRV* 1998, 284, noot I. Claeys, *RCJB* 1999, noot V. Simonart).

De toepassing van de leer van de uitvoeringsagent op het bestuursorgaan van een vennootschap impliceert dat een orgaan, net zoals een aangestelde of een zelfstandige agent, dat een contractuele verbintenis van de vennootschap uitvoert, zelf niet buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld, tenzij :

- hem een schending kan worden aangewreven van een algemene zorgvuldigheidsplicht (en niet louter van de contractuele verbintenis); en
- deze fout een andere schade heeft veroorzaakt dan deze die aan de slechte uitvoering van het contract te wijten is.

Praktisch zal dit enkel het geval zijn indien het gedrag van het uitvoeringsorgaan ook strafrechtelijk wordt gesanctioneerd.

Belangrijk: deze quasi-immuniteit is beperkt tot derden die een contractuele relatie hebben met de vennootschap en die de bestuurder willen aanspreken voor een foutieve uitvoering door de vennootschap van haar contractuele verbintenissen.



- (132) **Precontractuele fouten.** Traditioneel leert men dat de schadevergoeding voor een precontractuele fout op buitencontractuele grondslag moet worden gevorderd. De fout is immers niet begaan bij de uitvoering van de overeenkomst. Men nam dan ook aan dat de leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent geen toepassing kon vinden bij precontractuele aansprakelijkheid. Toegepast op de bestuurder betekent dit dat de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent er niet aan in de weg staat dat de bestuurder op buitencontractuele grondslag bestuurder wordt aangesproken voor de precontractuele fout die door zijn toedoen is begaan naar aanleiding van de totstandkoming van een overeenkomst die hij in naam van de vennootschap heeft gesloten.

Een cassatiearrest van 16 februari 2001 verwierp deze klassieke oplossing, stellende:

"dat als een orgaan van een vennootschap of een lasthebber in de uitvoering van zijn mandaat bij besprekingen die tot een overeenkomst hebben geleid een fout begaat die geen misdrijf uitmaakt, die fout niet de bestuurder of de mandataris tot vergoeding verplicht, maar wel de vennootschap of de lastgever." (Cass. 16 februari 2001, RW 2002-03, 340, TBH 2002, 703, noot C. Geys).

De juiste draagwijdte van deze uitspraak was erg omstreden. Een later arrest maakte evenwel een einde aan deze discussie. Op 20 juni 2005 kwam het Hof van Cassatie terug op zijn eerder arrest zodat de rechtspraak opnieuw aansluiting vindt bij de klassieke regels. Het Hof oordeelde dat :

"si la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale, cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci" (Cass. 20 juni 2005, JLMB 2005, 1199, met andersluidende conclusie J.F. Leclercq, TBH 2006, 418, RPS 2005, 183, TBBR 2005, 473).

- (133) **"Toerekening van onrechtmatige daden aan bestuurders".** Elke onrechtmatige daad van een orgaan verricht binnen zijn bevoegdheid geldt als een onrechtmatige daad van de rechtspersoon; het omgekeerde is echter niet noodzakelijk waar. Bestuurders of zaakvoerders zijn niet automatisch aansprakelijk zijn voor elke overtreding door de vennootschap van een wettelijke of reglementaire regel. Bestuurders of zaakvoerder zijn enkel uit onrechtmatige daad aansprakelijk t.a.v. derden bij schending van verplichtingen (volgend uit een specifieke regel of de algemene zorgvuldigheidsplicht) die persoonlijk op hen rusten (zie I. Corbisier, "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", RPS 1994, 81).

Dit is spiegelbeeld van toerekening van onrechtmatige daden aan de rechtspersoon, besproken in Les 2.

- (134) **"Decumul" (pro memorie).** De invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon heeft in beginsel niets veranderd aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurders of natuurlijke personen binnen de vennootschap. Een natuurlijke per-

soon binnen de rechtspersoon kan in principe nog steeds strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld indien hem de constitutieve bestanddelen van het misdrijf van de rechtspersoon kunnen worden toegerekend. Een uitzondering hierop is een ingewikkelde decumul-regel waar ook de meest ervaren penalisten nog lang over zullen discussiëren: er is decumul, d.w.z. dat enkel óf de natuurlijk óf de rechtspersoon wordt gestraft, afhankelijk van wie de zwaarste fout gepleegd heeft (art. 5 al. 2 Sw.), op voorwaarde dat de natuurlijke persoon de fout niet willens en wetens heeft begaan. Dit sluit meteen de toepassing van de decumul uit voor opzettelijke misdrijven. Wordt de strafvordering tegen de rechtspersoon en tegen zijn vertegenwoordigingsbevoegde natuurlijke persoon ingeleid wegens dezelfde of samenhangende feiten, dan wijst de rechtbank ambtshalve of op verzoekschrift een lasthebber ad hoc aan om het belangenconflict (m.b.t. het bewijs van wie de zwaarste fout heeft gemaakt) op te heffen en de rechtspersoon te vertegenwoordigen (art. 2bis V.Tit.Sv.).

De eventuele toepassing van deze strafrechtelijke decumul-regel ten gunste van de natuurlijke persoon leidt niet tot zijn burgerrechtelijke immuniteit. Strafrechtelijk is hier immers sprake van een beslissende verschoningsgrond die de strafwaardigheid van een strafbaar gestelde gedraging opheft, maar haar onrechtmatigheid laat bestaan (zie ook verder nr. (148) e.v. over de verjaring). De bestuurder mag dan per hypothese al niet de zwaarste fout hebben gepleegd, hij heeft wel een fout gepleegd zodat hij burgerrechtelijk kan worden aangesproken, ook al ontsnapt hij aan strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Het zou trouwens moeilijk verdedigbaar zijn dat een natuurlijke persoon bij strafbaar gestelde gedragingen kan ontsnappen aan burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens een ‘zwaardere fout’ van de rechtspersoon, waar dat niet mogelijk zou zijn voor onrechtmatige daden die niet strafbaar zijn gesteld.

#### 4. De gewone aansprakelijkheidsgronden en het faillissement

- (135) **Vorderingen van curator en van individuele schuldeisers.** \_In een belangrijk arrest van 5 december 1997 (“Sepp-arrest”) heeft het Hof van Cassatie zijn veel besproken Unac-arrest van 12 februari 1981 kunnen bevestigen (Cass. 5 december 1997, *TBH* 1998 (weergave M. Grégoire), 198, *JT* 1998, 231, *TBH* 1998, 523, concl. J. Spreutels, noot F. Murlon Beernaert; *TRV* 1998, 268, noot J. Vananroye, *RW* 1998-99, 817, noot).

In het Sepp-arrest herhaalt het Hof van Cassatie dat de curator die optreedt in naam van de boedel de rechten uitoefent die gemeenschappelijk zijn aan alle schuldeisers, maar niet de individuele rechten van de schuldeisers. Gemeenschappelijk aan alle schuldeisers, aldus verder volgens het Hof, zijn de vergoedingsaanspraken die ontstaan door schade die is veroorzaakt aan het onderpand van de schuldeisers en die tot gevolg heeft dat het passief van het faillissement is vergroot of het actief ervan is verminderd.

Deze rechtspraak mag niet gezien worden als een uitbreiding van de vorderingsmogelijkheden van de curator. Door het faillissement wordt er ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een collectief beslag op het vermogen van de gefailleerde gelegd, waarbij de curator als hun dwangvertegenwoordiger optreedt. Op grond van dit collectief beslag kan de curator de activa van de gefailleerde realiseren, o.a. door zijn schadevergoedingsaanspraken uit te oefenen. Op die manier vertegenwoordigt de curator ook de gefailleerde.

De keerzijde hiervan is dat de Unac-rechtspraak ook geen aanleiding geeft tot een “ontei-gening” van de vorderingsrechten van individuele schuldeisers. Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie doet dus geen afbreuk aan de individuele rechten van de schuldeisers tegen derden, zoals bv. de aansprakelijkheidsvorderingen tegen bestuurders op grond van hun externe aansprakelijkheid. Dit werd door het Hof van Cassatie eerder nog eens beves-

tigd in een arrest van 2 maart 1995 ("Sefi-arrest", Cass. 2 maart 1995, *Pas.* 1995, I, 250, concl. E. Liekendaal, *TBH* 1995, 569). Het arrest *a quo* had de vordering van de curator ontvankelijk verklaard, ook al ging het om individuele schade, omdat de verschillende schadegevallen gelijkaardig waren. Het Hof verbrak dit arrest, met herhaling van de formule van het Unac-arrest. Enkel de schade aan het gemeenschappelijk onderpand van de schuldeisers kan door de curator worden gevorderd. Hij is niet hun (dwang)vertegenwoordiger waar het hun individuele vorderingen tegen derden betreft, ook niet als deze individuele vorderingen worden "opgeteld".

- (136) **Vordering curator waar vennootschap geen vordering had (p.m.).** Nog onontgonnen is de vraag in welke mate schuldeisers, en na faillissement de curator, de *actio pauliana* of een zijn andere "herstelbevoegdheden" uit de Faill.W. kunnen gebruiken als basis voor een onrechtmatige daadsvordering tegen bestuurders of anderen die de verhaalsrechten van de gezamenlijke schuldeisers hebben aangetast. Dit zou de curator een schadevergoedingsaanspraak kunnen verlenen in gevallen waar de vennootschap zelf buiten faillissement geen vordering had.

- (137) **Toepassing van principes.** De praktische consequenties van het Sepp-arrest van 5 december 1997 worden duidelijk bij de aansprakelijkheid voor de onrechtmatige verderzetting van een kennelijk verloren deficitaire onderneming, met als toepassingen o.a. de laattijdige aangifte van het faillissement en de alarmbelaansprakelijkheid (zie verder). Zo'n onrechtmatige verderzetting kan aanleiding geven tot zowel interne als externe aansprakelijkheid:

- De vennootschap zelf kan schade lijden doordat verder wordt ingeteerd op haar vermogen. Haar schade bestaat in beginsel uit het verschil tussen het (waarschijnlijk negatieve) eigen vermogen op het ogenblik van de werkelijke faillissementsverklaring en het eigen vermogen op het ogenblik dat het faillissement had moeten zijn aangevraagd.
- Derden kunnen een vorderingsrecht hebben voor de (gedeeltelijk) onvergoede schuldvordering die zonder de fout van de bestuurder of zaakvoerder niet zou zijn ontstaan.

De schade aan het vennootschapsvermogen wordt na het faillissement uiteraard door de curator gevorderd. Dit vorderingsrecht van de curator gegrond op de interne aansprakelijkheid van bestuurders betekent niet dat de schuldeisers die een vorderingsrecht hebben gegrond op externe aansprakelijkheid dit niet meer zouden kunnen uitoefenen. De arresten Unac uit 1981 en Sepp uit 1997 maken zeker duidelijk dat de curator niet de individuele rechten van de schuldeisers kan uitoefenen. Het arrest Sefi uit 1995 verduidelijkt dit door te stellen dat het vorderingsrecht niet kan bestaan in de cumulatie van de verschillende individuele vorderingen van de schuldeisers, ook al hebben ze alle een gelijkaardige schade als voorwerp.

Dat de aanspraak van een schuldeiser dezelfde oorsprong kent als de vordering van de curator, *in casu* de onrechtmatige verderzetting van de onderneming, kan geen bezwaar zijn tegen een individueel vorderingsrecht, zolang de schuldeiser maar individuele schade lijdt. Dat laatste wordt bevestigd door een cassatie-arrest uit 1965 (Cass. 8 maart 1965, *Pas.* 1965, I, (684) 692). Er moet wel worden vermeden dat tweemaal dezelfde schade wordt vergoed:

- Er kan worden gewacht met het toekennen van een schadevergoeding aan de schuldeisers tot het faillissement is afgesloten. Hun vergoeding bestaat dan in de waarde van hun schuldvordering min het dividend dat ze uit het faillissement hebben ontvangen.
- Eventueel kan de rechter voor de afsluiting van het faillissement hen een provisionele schadevergoeding toekennen.

- (138) **Verplichting om het faillissement aan te vragen.** Een vennootschap is onder de Faillissementswet verplicht om binnen een maand nadat zij heeft opgehouden te betalen, daarvan aangifte te doen (art. 9 Faill.W.). De vraag rijst hier of de bestuurders of zaakvoerders automatisch aansprakelijk zijn indien er geen aangifte wordt gedaan van het faillissement binnen de wettelijke termijn. Het Hof van Cassatie heeft onder de oude faillissementswetgeving in een reeks van drie arresten gesteld dat het niet aangeven van het faillissement binnen de drie dagen na de datum van staking van betaling niet automatisch een onrechtmatige daad in hoofde van de leden van de bestuursorganen vormt (zie K. Geens en H. Laga, "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1986-91)", *TPR* 1993, 1058, nr. 144). De bestuurder is pas aansprakelijk indien hij wist of had moeten weten dat de vennootschap zich in staat van faillissement bevond. Dit maakt van de aansprakelijkheid van de bestuurder voor de laattijdige indiening van het faillissement louter een toepassing van het meer algemene leerstuk van de aansprakelijkheid van een reddeloos verloren deficitaire activiteit (zie nr. 38).

Vele commentatoren hebben de genoemde cassatierechtspraak bekritiseerd omdat ze zou afwijken van de regel dat bij de schending van een specifieke norm de onrechtmatigheid van de gedraging wordt vermoed, tenzij de dader zelf aantoonde dat de overtreding te wijten is aan omstandigheden buiten zijn wil. Er werd hierbij gesuggereerd dat deze rechtspraak enkel te verklaren viel doordat onder de oude wetgeving de verdachte periode bijna automatisch zes maanden vóór het faillissementsvonnis werd geplaatst (vgl. nu art. 12 Faill.W.) en de verplichting om het faillissement aan te vragen reeds gold na 3 dagen (nu: 1 maand) na de staking van betaling.

Deze rechtspraak is nochtans louter een toepassing van de regel dat een orgaan slechts aansprakelijk is voor een onrechtmatige daad van de vennootschap, indien die onrechtmatige daad hem kan worden toegerekend (zie hoger). De verplichting om het faillissement aan te vragen legt de wet op de rechtspersoon en is geen specifieke verplichting in hoofde van de bestuurders. Er dient daarom een 'sprong' te worden gemaakt van de rechtspersoon naar de natuurlijke persoon door kennis (weten) of nalatigheid (behoorde te weten) in zijn hoofde.

- (139) **Niet-naleving alarmbelprocedure.** Art. 332, 431 en 633 W.Venn. leggen aan de bestuurders of zaakvoerders van een NV, Comm.VA, BVBA of CVBA de verplichting op om de algemene vergadering samen te roepen volgens een bijzondere procedure om te beraadslagen over de ontbinding van de vennootschap, indien ten gevolge van geleden verlies het netto-actief is gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal. Derden kunnen schade lijden door het verzuim dit te doen, doordat ze een niet-verhaalbare vordering krijgen op de vennootschap die niet ontstaan zou zijn indien de vennootschap ontbonden was. Dit leidt tot externe schadevergoedingsaanspraken die ook na het faillissement van de vennootschap door individuele schuldeisers van de bestuurders kan worden gevorderd. Daarnaast kan ook de vennootschap zelf schade lijden doordat haar netto-passief vergroot. Deze interne aansprakelijkheidsvordering kan na faillissement enkel door de curator worden ingesteld (zie nr. 38). In beide gevallen geldt de bijzondere solidaire aansprakelijkheid wegens overtreding van het W.Venn.

Moeilijk punt bij de aansprakelijkheidsstelling van de bestuurders is het causale verband tussen de schade en het verzuim om de algemene vergadering bijeen te roepen. Art. 332 al. 4, 431 al. 4 en art. 633 al. 5 W.Venn. bevatten daarom de regel dat de schade door derden geleden vermoed wordt uit het ontbreken van de bijeenroeping voort te vloeien, behoudens tegenbewijs.



Soms wordt het bewijs dat de algemene vergadering niet tot de ontbinding zou hebben besloten principieel uitgesloten. Het causaliteitsvermoeden zou dan enkel nog kunnen worden omgekeerd door bv. te bewijzen dat de vordering ook zou zijn ontstaan bij de ontbinding van de vennootschap of dat de vordering is ontstaan vóór dat de algemene vergadering diende te zijn samengeroepen. Dit gaat te ver. Uit de tekst van de wet en uit de parlementaire voorbereiding kan enkel worden afgeleid dat de wetgever alle elementen van de causaliteitsband, behoudens tegenbewijs, onder het vermoeden wilde laten vallen. Nergens blijkt dat voor één element van de causaliteitsband, nl. de beslissing van de algemene vergadering tot ontbinding, het tegenbewijs uitgesloten zou zijn. De wetgever wilde enkel de bewijslast wijzigen, niet de materiële regels inzake causaliteit.

Wel is het moeilijk om te bewijzen dat een algemene vergadering niet beslist zou hebben om de vennootschap te ontbinden. De loutere vaststelling dat de voorstanders van een voortzetting een meerderheid van de stemmen bezitten volstaat niet; het concrete stemgedrag van aandeelhouders geconfronteerd met andere aandeelhouders binnen het kader van het sérieux van een alarmbelprocedure is niet noodzakelijk hetzelfde als hun mening daarbuiten. Indien de bestuurders echter kunnen aantonen dat de voorstanders van een voortzetting een meerderheid bezitten én dat ze overtuigende argumenten hadden pro de voortzetting, moet een weerlegging van het causaliteitsvermoeden mogelijk zijn.

Dit maakt ook van de aansprakelijkheid wegen niet-naleving van de alarmbelprocedure een toepassing van de aansprakelijkheid voor het verderzetten van een reddeloos verloren deficitaire activiteit, zij het dat de bewijslast hier in het voordeel van derden is verschoven. Overigens immuniseert een naleving van de alarmbelprocedure de bestuurders niet tegen aansprakelijkheid op grond van het verderzetten van een reddeloos verloren deficitaire activiteit.

- (140) **De actio pauliana als bron van rechtsvinding voor aansprakelijkheidsvorderingen gebaseerd op schuldeisersbenadeling.** De actio pauliana kan niet worden gereduceerd tot een onrechtmatige daadvordering, aangezien een succesvolle actio pauliana zakelijke werking kan hebben. Toch wortelt de actio pauliana in de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: de schuldenaar en de derden die aan de paulianeuze handeling meewerken, begaan een onrechtmatige daad jegens de schuldeisers.

De constitutieve bestanddelen die aan de *actio pauliana* invulling geven, kunnen dan ook de basis vormen voor een schadevergoedingsvordering. Zo'n pauliaanse onrechtmatige daadvordering kan naast of in de plaats van de eigenlijke *actio pauliana* worden ingesteld. Deze vordering biedt schuldeisers (en de curator) immers vorderingsmogelijkheden waar de schuldenaar die zelf niet zou hebben.

Deze vordering is in het algemeen nuttig indien de schuldenaar een goed aan een te hoge prijs aankoopt. De niet-tegenwerpelijke van deze transactie kan de schuldeisers niet baten, aangezien de koopprijs zich waarschijnlijk heeft vermengd met de rest van het vermogen van de verkoper. Indien een schuldenaar een goed te goedkoop verkoopt, kan een onrechtmatige daadvordering noodzakelijk zijn, bv. indien dit goed vernietigd is of om een andere reden onbereikbaar is voor executie wegens de overdracht aan een derde te goeder trouw. Een schadevergoedingsaanspraak kan ook worden ingesteld ter aanvulling van een *actio pauliana*, bv. voor de gederfde inkomsten uit een goed dat onrechtmatig uit het vermogen van de schuldenaar is verdwenen.

Bovendien kan een vordering uit onrechtmatige daad niet enkel worden ingesteld tegen de begunstigde van de paulianeuze handeling, maar ook tegen eventuele medeplichtigen.

(141) **Pauliaanse onrechtmatige daadsvordering: nut voor het ondernemingsrecht in het bijzonder.** Specifiek voor het ondernemingsrecht biedt zulke “pauliaanse onrechtmatige daadsvordering” bijzondere perspectieven:

- Deze vordering biedt vooreerst een uitweg waar de traditionele *actio pauliana* geen remedie biedt omdat de verarming in bedrijfseconomische zin geen goed in de zakenrechtelijke zin betreft. Dit is het geval indien het cliëntèle van een onderneming werd afgeleid. Een benadeelde schuldeiser kan op dit “goed in bedrijfseconomische zin” geen beslag leggen. Een onrechtmatige daadsvordering biedt hier een welkom alternatief.
- Een natuurlijke persoon zal wellicht zelf niet echt wakker ligt van de burgerrechtelijke gevolgen van de pauliaanse vordering: hij is immers per hypothese insolvent zodat een aansprakelijkheidsvordering weinig afschrikt. Deze vordering “raakt” vooral de medeplichtige tegenpartij en niet de schuldenaar zelf. Bij een rechtspersoon daarentegen, wordt het vermogen beheerd door andere natuurlijke personen. Deze zullen echter wel bezorgd zijn om een aanvechting van de handelingen die ze stelden voor rekening van de rechtspersoon. Dit kan immers hun eigen aansprakelijkheid ten aanzien van de rechtspersoon zelf en ten aanzien van derden in het gedrang brengen. In het bijzonder bij insolventie van de rechtspersoon zal deze persoonlijke aansprakelijkheid als een aantrekkelijke actiemogelijkheid in het vizier komen.

Zulke pauliaanse onrechtmatige daadsvordering is overigens verre van ongebruikelijk, al wordt ze in de praktijk zelden als dusdanig herkend of erkend. Maar heel wat gevallen van bestuursaansprakelijkheid, aandeelhoudersaansprakelijkheid of krediet aansprakelijkheid na faillissement, komen eigenlijk neer op een toepassing van het criterium van de “benadeling van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers”. Een hernieuwde lectuur door de vennootschapsjuristen van de materiële en morele toepassingsvoorwaarden van de *actio pauliana* zou toelaten om hier het criterium van de “goede huisvader” (art. 1382 BW of de contractuele zorgplicht ten aanzien van de vennootschap) of de “kennelijk grove fout” (art. 530 W.Venn.) concreter in te vullen.

**Pro memorie:** Hier willen we daar kort een eerste aanzet voor schetsen. Net zoals bij de *actio pauliana* is het hierbij nuttig een onderscheid te maken tussen schuldeisersbenadeling ten gevolge van een verarming in bedrijfseconomische zin en schuldeisersbenadeling die bestaat in een doorbraak van de rangorde tussen schuldeisers (bv. door selectieve betalingen). De drempel voor aansprakelijkheid ligt hoger in het tweede geval.

**1./ Benadeling door verarming: aansprakelijkheid voor onrechtmatige kredietverlening als voorbeeld.** Het onrechtmatig karakter van het verlenen of handhaven van krediet (door een bank of een aandeelhouder) kunnen worden geconcretiseerd als we teruggrijpen naar het pauliaanse criterium van een “verarming in bedrijfseconomische zin”.

Door het aangaan van een krediet verhoogt een schuldenaar uiteraard zijn passief. Toch is er hier in geen geval automatisch sprake van een benadeling van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers. De benadeling ten gevolge van een transactie dient immers “per saldo” te worden geëvalueerd: tegenover de nieuwe verbintenissen staan immers ook nieuwe activa (nl. de gelden verkregen onder het krediet). Ook als een nieuw krediet wordt gedekt door zakelijke zekerheden is er niet automatisch sprake van benadeling: de verhaalsmogelijkheden van andere schuldeisers veranderen hierdoor in beginsel niet. Tenminste niet voor zover de waarde van het onderpand van de zekerheden kleiner is dan de waarde van de nieuwe activa die ten gevolge van de transactie in het vermogen van de kredietnemer komen.

Van benadeling kan wel sprake zijn indien de kredietverlening aanleiding geeft tot een vermindering van het eigen vermogen in bedrijfseconomische zin. Deze beoordeling mag niet beperkt worden tot een momentopname, waarbij statisch activa en passiva worden afgewogen, maar moet in een ruim bedrijfseconomisch verband worden gezien. Concreet kan er bijvoorbeeld sprake zijn van het materiële element voor krediet aansprakelijkheid wegens vermindering van het eigen vermogen, indien bv. het krediet toelaat dat een reddeloos verloren activiteit toch nog wordt verder gezet of als het krediet toelaat dat een aandeelhouder of bestuurder de gewonnen tijd gebruikt om waarde aan de vennootschap te onttrekken. In deze gevallen is er immers een causaal verband tussen het verlenen van het krediet en de verarming in bedrijfseconomische zin van de schuldenaar.

Zulke vordering wegens een vermindering van het eigen vermogen lijkt op de gevallen van krediet aansprakelijkheid wegens het creëren van een schijn van kredietwaardigheid, en in de praktijk zullen beide dan ook vaak samen voorkomen. De pauliaanse onrechtmatige daadsvordering heeft echter dit verschil, dat ook de anterieure schuldeisers (die tevens benadeeld worden in hun verhaalsmogelijkheden, maar die niet misleid werden door een verkeerde schijn) rechtsherstel krijgen en dat bij faillissement ook de curator op grond van “collectieve schade” kan vorderen.

Een benadeling van de schuldenaar in bedrijfseconomische zin door een bepaalde handeling of een geheel van handelingen volstaat uiteraard niet om een bij die handelingen betrokken bestuurder, aandeelhouder of kredietverlener aansprakelijk te stellen. Aansprakelijkheid veronderstelt namelijk ook een subjectief element. Ook hier kan de *actio pauliana* inspiratie bieden. Evenmin als bij de *actio pauliana* moet bedrog niet te worden aangetoond.

Bij de beoordeling van deze aansprakelijkheid is, net zoals bij de *actio pauliana*, ook een grotere gestrengheid verantwoord bij handelingen met insiders. Bij rechtspersonen zullen deze “insiders” vaak de controle hebben over het vennootschapsvermogen (of onder controle staan en tot voordeel strekken van wie controle heeft over het vennootschapsvermogen). Ook bij transacties “insiders”, zoals aandeelhouders, verbonden entiteiten of bestuurders, zal er geen sprake kunnen zijn van “marginale toetsing” indien deze transacties geleid hebben tot een verarming van het vermogen van de rechtspersoon in bedrijfseconomische zin. Opnieuw is het dan aan de betrokken bestuurders en “insiders” om aan te tonen dat ze gehandeld hebben in de uitoefening van een normaal beheer van de vennootschap.

**Verskil in beoordeling tussen bestuurders, aandeelhouders en kredietverleners.** Het gedrag van bestuurders, aandeelhouders en buitenstaanders zoals kredietverleners zal uiteraard niet gelijk worden beoordeeld.

Het strengst worden bestuurders beoordeeld: zij hebben een positieve fiduciaire plicht om te handelen in het vennootschapsbelang en dit belang wordt ook gekleurd door de belangen van vennootschapsschuldeiser. Het minst streng worden kredietverleners of andere derden beoordeeld. Ze moeten wel rekening houden met de belangen van andere derden, maar de intensiteit hiervan kan niet zo groot zijn als bij de bestuurders.

Het komt ons voor dat de drempel voor aansprakelijkheid van aandeelhouders – in economische zin ook een bijzondere soort kredietverlener – niet hoger dient te zijn dan voor derden. Het uitgangspunt bij aandeelhoudersaansprakelijkheid is beperkte aansprakelijkheid. Aandeelhouders hebben in beginsel geen andere positieve verplichting dan het kapitaal, waarop ze hebben ingeschreven, te volstorten. Dit gaat zelfs zo ver dat bij de concretisering van de ‘bonus pater familias’ norm bij de beoordeling van aansprakelijkheid van aandeelhouders geen rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat iemand aandeelhouder is, zelfs niet als deze een controlerende participatie heeft. Het aandeelhouderschap brengt geen bijzondere zorgplichten met zich mee t.a.v. *outsiders*, behalve enkele uitdrukkelijke wettelijke verplichtingen. Deze misschien verrassende regel, die afwijkt van een te verwachten toepassing van artikel 1382 BW, staat als dusdanig nergens expliciet geschreven in de rechtsleer of rechterlijke uitspraken, maar geeft ons inziens wel het positieve recht weer.

Dit alles betekent uiteraard *niet* dat een aandeelhouder nooit aansprakelijk is t.a.v. de vennootschap, of met de vennootschap betrokken personen, maar de norm voor de aandeelhouder is niet

zwaarder dan die voor buitenstaanders. Zelfs voor de aandeelhouder als feitelijke bestuurder ligt de lat vrij hoog met de “kennelijk grove fout” uit artikel 530 W.Venn.

Toch is er iets bijzonders aan de hand. De aansprakelijkheidsdrempel voor de aandeelhouder ligt niet lager dan voor buitenstaanders, maar *als* de aandeelhouder, in het bijzonder de controlerende, aansprakelijk wordt geacht, dan zal zijn aansprakelijkheid groter zijn dan die voor een schadeveroorzaker *at arm's length*. Onrechtmatige handelingen zijn immers periculieuzer als de schade wordt veroorzaakt door een controlerende insider. Deze schadeveroorzaker kan immers verhinderen dat het slachtoffer – de vennootschap – normale remedies gebruikt en heeft hij de tijd en de opportuniteit om de sporen van zijn onrechtmatig handelen te verbergen. Bijgevolg leiden de gewone regels inzake aansprakelijkheid en herstel hier niet tot de gewenste afschrikking. Dit brengt ons opnieuw naar art. 530 W.Venn: de rechter heeft bij de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid de volledig discretie om een bestuurder of feitelijke bestuurder aansprakelijk te houden voor het geheel of een deel van het netto-actief, zonder zich zorgen te moeten maken over de normale regels inzake causaliteit.

Gecamoufleerd als een bewijsregel, schuilt hier in het vennootschapsrechtelijk struikgewas een lokale variëteit van de *punitive damages*. Zie hierna § 5.

**2./ Selectieve betalingen in de schemerzone voorafgaand aan de insolventie.** De analyse van de *actio pauliana* kan ook inspireren bij de toetsing van het gedrag van bestuurders in de schemerperiode voorafgaand aan het faillissement. Het uitgangspunt is dat tot aan het “fatitieke moment” waarop bestuurders de activiteiten moeten stoppen (bv. de staking van betaling of het moment waarop duidelijk moest zijn voor bestuurders dat staking van betaling redelijkerwijze onafwendbaar wordt), zij het recht hebben om opeisbare schulden te betalen. Ze moeten daarbij de rangorde van de schuldeisers niet respecteren; ze mogen dus bepaalde opeisbare schulden wel betalen en andere niet.

Vanaf het “fatitieke moment” kunnen bestuurders wél aansprakelijk worden gesteld voor betaling van opeisbare schulden. Vanaf dat ogenblik dienen de bestuurders de rangorde tussen de schuldeisers immers te respecteren.

Voorafgaand aan het “fatitieke moment” kunnen bestuurders uitzonderlijk toch aansprakelijk worden gesteld voor betalingen, zelfs van opeisbare schulden, die zij verrichten. Dit zal met name het geval zijn als ze niet alle opeisbare schulden betalen en hun keuze niet verantwoord kan worden op bedrijfseconomische gronden. Dit zal vaak het geval zijn als bestuurders zichzelf of andere “insiders” en verbonden personen betalen en andere schuldeisers niet. Ook de vrijheid om te kiezen wie betaald wordt, is een vrijheid die misbruikt kan worden (E. Dirix, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten” in *Bijzondere overeenkomsten*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 148-149.).

(142) **Aansprakelijkheid voor niet of laattijdig doorstorten van bedrijfsvoorheffing of BTW –**  
Lees art. 442quater W.I.B.:

§ 1. In geval van tekortkoming, door een vennootschap of door een rechtspersoon bedoeld in artikel 17, § 3, van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen, aan haar verplichting tot het betalen van de bedrijfsvoorheffing, zijn de bestuurder of bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon die belast zijn met de dagelijkse leiding van de vennootschap of van de rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk voor de tekortkoming indien die te wijten is aan een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, die ze hebben begaan bij het besturen van de vennootschap of de rechtspersoon.

Deze hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden uitgebreid naar de andere bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon indien in hunnen hoofde een fout wordt aangetoond die heeft bijgedragen tot de in het eerste lid bedoelde tekortkoming.

Onder bestuurder van een vennootschap of van een rechtspersoon in de zin van dit artikel wordt verstaan, elke persoon die, in feite of in rechte, de bevoegdheid heeft of heeft

gehad om de vennootschap of de rechtspersoon te besturen, met uitsluiting van de gerechtelijke mandatarissen.

§ 2. De herhaalde niet-betaling van de bedrijfsvoorheffing door de vennootschap of door de rechtspersoon, wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed voort te vloeien uit een in § 1, eerste lid, bedoelde fout.

Onder herhaalde inbreuken op de verplichting tot betaling van de bedrijfsvoorheffing in de zin van dit artikel, wordt verstaan:

- ofwel, voor een trimestriële schuldenaar van de voorheffing, het gebrek aan betaling van ten minste twee vervallen schulden binnen een periode van een jaar;
- ofwel, voor een maandelijks schuldenaar van de voorheffing, het gebrek aan betaling van ten minste drie vervallen schulden binnen een periode van een jaar.

§ 3. Er is geen vermoeden van fout in de zin van § 2, eerste lid, indien de niet-betaling het gevolg is van financiële moeilijkheden die aanleiding hebben gegeven tot het openen van de procedure van gerechtelijk akkoord, van faillissement of van gerechtelijke ontbinding.

§ 4. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon kan slechts worden ingeroepen voor de betaling, in hoofdsom en interesten, van de schulden inzake bedrijfsvoorheffing.

§ 5. De rechtsvordering tegen aansprakelijke bestuurders is slechts ontvankelijk indien ze wordt ingesteld na het verstrijken van een termijn van één maand te rekenen vanaf een door de ontvanger bij ter post aangetekende brief verzonden kennisgeving, waarin de geadresseerde verzocht wordt de nodige maatregelen te treffen om de tekortkoming te verhelpen of om aan te tonen dat deze niet het gevolg is van een door hen begane fout.

Deze bepaling verhindert evenwel niet dat de met de invordering belaste ambtenaar, binnen voormelde termijn, bewarende maatregelen vordert ten laste van het vermogen van de bestuurder of bestuurders van de vennootschap of rechtspersoon aan wie een kennisgeving is toegezonden.

Lees ook in dezelfde zin art. 93undecies C BTW-Wetboek.

## 5. Bijzondere faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijk grove fout

- (143) **Verschil met *actio mandati*.** De bijzondere faillissementsaansprakelijkheid van art. 265, 409 en 530 W.Venn. wijkt op enkele punten fundamenteel af van de gemeenrechtelijke interne aansprakelijkheid. Vooreerst kan er enkel gevorderd worden na het faillissement van de vennootschap. Verder dient er een grove fout te worden bewezen die heeft bijgedragen tot het faillissement. Klassiek wordt dit omschreven als een overtreding van een norm die belangrijk, zoniet essentieel is voor de handhaving en het bestaan van de vennootschap. Daar staat tegenover dat er geen causaal verband tussen de fout en de schade dient te worden aangetoond. Kenmerkend is eveneens dat de schadevergoedingsaanspraak is beperkt tot het netto-passief, waar normalerwijze een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor elke schade ten gevolge van een fout ongeacht de vermogenstoestand van de vennootschap. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de bestuurders te veroordelen tot het geheel of slechts een gedeelte van het netto-passief.

De kwijting is niet tegenwerpelijk bij deze vordering.

De rechtbank van koophandel is bevoegd.

Deze bijzondere faillissementsaansprakelijkheid geldt ook voor feitelijke bestuurders. Deze hoedanigheid veronderstelt dat de betrokkene in volle onafhankelijkheid positieve daden van bestuur kan stellen.

- (144) **“Kleine” BVBA en CVBA.** Op grond van art. 265 al. 2 W.Venn. en art. 409 al. 2 W.Venn. is deze aansprakelijkheid niet van toepassing op zaakvoerders en bestuurders van een BVBA of een CVBA die over de drie boekjaren voor het faillissement een gemiddelde omzet van minder dan 620.000 €, buiten de belasting over de toegevoegde waarde, heeft verwezenlijkt en waarvan het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan 370.000 €. Indien een BVBA of een CVBA binnen de drie jaar na de oprichting failliet gaat, dient het criterium van de gemiddelde omzet te worden toegepast op de reeds voorbije boekjaren.
- (145) **Individueel vorderingsrecht sinds 2002.** Traditioneel werd aangenomen dat de curator een monopolie heeft voor de aansprakelijkheidsvordering ex art. 530 W.Venn., ook al stond dit niet expliciet in de wet. Terecht, deze vordering, verwant aan de *actio mandati* en de bijzondere herstelbevoegdheden van de curator, is immers een goed in de boedel, die volgens de normale rangorde aan de gezamenlijke schuldeisers toekomt. Het betreft collectieve schade, waarbij de individuele schuldeisers slechts *par ricochet* door de waardevermindering van hun claim op de gefailleerde benadeeld worden.

De curatoren zouden echter niet erg geneigd om gebruik te maken van dit vorderingsrecht, aldus toenmalig Regeringscommissaris Zenner, *“onder meer omdat de rechtbank er bij hen, terecht, op aandringt de faillissementen die ze beheren, af te sluiten. Dergelijke vorderingen resulteren immers dikwijls in complexe en zeer lange procedures, tijdens dewelke het faillissement niet kan worden afgesloten, wat de schuldeisers schade kan doen lijden”* (Commissie-verslag, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1132/13, p. 130). Bij een faillissement met ontoereikend actief zijn bovendien niet de middelen voor handen om een procedure op te starten. Wie een vennootschap wil leegroven, doet er m.a.w. goed aan dit grondig te doen, zou men cynisch kunnen besluiten. Daarbij komt nog dat naar Belgisch recht schuldeisers in de boedel weinig verhaal hebben tegen een curator die naar hun oordeel de belangen van de boedel niet naar behoren behartigt.

Teneinde de afhankelijkheid van de curator te doorbreken, verleent de Reparatiwet Faillissement nu elke benadeelde schuldeiser de mogelijkheid om de faillissementsvordering wegens kennelijk grove fout in te leiden (art. 530 al. 2 W.Venn.). Hierdoor wordt een boedelvordering “geprivatiseerd”: een schuldeisers kan zich aan de collectieve vereffening onttrekken en zijn “aandeel” daarin vorderen.

De vordering die op grond van het nieuwe art. 530 Venn.W. door een individuele schuldeiser wordt ingesteld, verschilt niet van deze die door de curator kan worden ingeleid. Ook de schuldeiser moet aantonen dat de aangesproken bestuurder een kennelijk grove fout beging die heeft bijgedragen tot het deficitaire faillissement, zonder het oorzakelijk verband te moeten bewijzen tussen deze fout en zijn persoonlijke schade.

Zie de belangrijke inperking van individueel vorderingsrecht door Cass. 10 december 2008:

"1. Het enige middel voert de schending aan van artikel 256 van het Wetboek van vennootschappen. Volgens de eiseres kan uit deze bepaling worden afgeleid dat ingeval van kennelijk grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, een benadeelde schuldeiser afzonderlijk kan optreden tegen de schuldige zaakvoerder, ook als de schade van de optredende schuldeiser slechts een deel is van de schade die de fout aan de gezamenlijke schuldeisers heeft berokkend.

Het middel voert aan dat de appelrechters het aangevoerde artikel schenden door de burgerlijke rechtsvordering van de eiseres niet-ontvankelijk te verklaren op grond dat

haar schade niet verschilt van het collectief nadeel, waarvoor een schikking werd getroffen tussen de curator en de gefailleerde, hier de verweerder.

2. De vordering tot delging van het passief, die met name door artikel 265 van het Wetboek van vennootschappen is ingevoerd, kan alleen voor de rechtbank van koophandel worden ingesteld. Wanneer zij samen met deze van de curator wordt ingesteld, kan de vordering van de schuldeisers alleen strekken tot vergoeding van hun eigen nadeel, dat losstaat van het verlies van hun schuldvordering op de vennootschap of volgt uit een fout die geen verband houdt met die welke het collectief nadeel heeft veroorzaakt.

3. Gemeenschappelijke rechten van de schuldeisers zijn de rechten die voortvloeien uit de schade ten gevolge van de fout van wie ook, waardoor het passief van het faillissement wordt vermeerderd of het actief ervan verminderd. Wegens de schade die aldus is veroorzaakt aan de gezamenlijke goederen en rechten die het gemeenschappelijk onderpand van de schuldeisers vormen, is die fout de oorzaak van een collectief nadeel voor die schuldeisers en krenkt zij de rechten die zij, gelet op de aard ervan, tezamen bezitten.

4. Uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat de curator, die namens de failliete boedel optreedt, een dading heeft aangegaan met de schuldige zaakvoerder, waardoor hij onherroepelijk de benadeelde schuldeisers in het geding betreft.

5. Door vast te stellen dat de fout waarop de eiseres zich baseert om de betaling te verkrijgen van de goederen die zij aan de verweerder had geleverd, in de verduistering van activa bestaat, waardoor schade is berokkend aan het gemeenschappelijk onderpand van de schuldeisers, en door te oordelen dat de eiseres noch het bestaan bewijst van schade die losstaat van die welke zij gemeenschappelijk hebben geleden, en evenmin het bestaan bewijst van een andere fout dan die welke het collectieve nadeel heeft berokkend, verklaren de appelrechters de burgerlijke rechtsvordering van de eiseres bijgevolg naar recht niet-ontvankelijk."

- (146) **RSZ (pro memorie).** De regels inzake bijzondere faillissementsaansprakelijkheid werden in 2006 verder aangescherpt, zij het ditmaal exclusief ten voordele van de RSZ. Zo kunnen bestuurders, gewezen bestuurders en feitelijke bestuurders aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van de in het faillissement onbetaald gebleven sociale bijdragen, bijdrageopslagen en verwijlinteressen.

- Dit is met name het geval wanneer de bestuurder een grove fout heeft begaan die *aan de basis* lag van het faillissement.
- Het gegeven dat de vennootschap wordt geleid door een zaakvoerder of een verantwoordelijke die betrokken is geweest bij minstens twee faillissementen, vereffeningen of gelijkaardige operaties met schulden tegenover een instelling die sociale zekerheidsbijdragen int tot gevolg, geldt als vermoeden van grove fout. Dit neemt niet weg dat de RSZ in voorkomend geval nog steeds dient aan te tonen dat het toevertrouwen van het bestuur aan dergelijke persoon *aan de basis* lag van het faillissement.
- Ernstiger nog is de bepaling op grond waarvan de bestuurder, gewezen bestuurder of feitelijk bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden indien hij zich in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring in de situatie heeft bevonden bedoeld in artikel 38, § 3octies, 8°, van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginse-len van de sociale zekerheid voor werknemers. Deze bepaling verwijst naar personen die bij minstens twee faillissementen, vereffeningen of gelijkaardige operaties betrokken werden met schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de sociale zekerheidsbijdragen. Ondanks het drastisch en objectief karakter van deze aansprakelijkheid achtte het Grondwettelijk Hof haar verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel (Grondwettelijk Hof 17 september 2009, TRV 2010, 52).

## 6. Bevoegdheid en verjaring



- (147) **Bevoegdheid.** Zie hoger Les 5 over de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel inzake vennootschapsgeschillen.

Deze regels impliceren ook de aansprakelijkheidsvordering tegen een bestuurder van een burgerlijke vennootschap voor de rechtbank van koophandel worden gebracht.

- (148) **Verjaring.** Op grond van art. 198 § 1 W.Venn. verjaren alle rechtsvorderingen tegen zaakvoerders, bestuurders, commissarissen en vereffenaars wegens verrichtingen in verband met hun taak, door verloop van vijf jaar te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen van de ontdekking. Deze verjaringstermijn wijkt af van de gemeenrechtelijke verjaringstermijn die sinds de Wet van 10 juni 1998 tien jaar bedraagt, tenzij voor rechtsvorderingen tot schadevergoeding op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid. Voor die laatste rechtsvorderingen geldt in het gemeen recht een dubbele termijn van vijf jaar vanaf de kennisname door de benadeelde van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke, en van twintig jaar vanaf het schadeveroorzakende feit.

In een arrest van 27 mei 1994 heeft het Hof van Cassatie gesteld dat “de wetgever, door een van het gemene recht afwijkende verjaringstermijn op te leggen in een algemene en imperatieve bepaling die wordt geacht te voldoen in alle gevallen, de privé-belangen van de schuldeisers ondergeschikt heeft gemaakt aan de hogere belangen van het handelsverkeer” (Cass. 27 mei 1994 *TRV* 1995, 54, noot M. Wyckaert, *TBH* 1994, 1011, noot, *RW* 1994-95, 673, *RPS* 1994, 291, *AC* 1994, 544, *Pas.* 1994, I, 522). Het Hof leidt hieruit af dat de verkorte termijn ook geldt voor de externe aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zelfs als dit geen gevolg is van een overtreding van het W.Venn. of de statuten. Uiteraard moet de onrechtmatige daad wel verband houden met de bestuurstaak. Dat de verjaringstermijn aanvangt vanaf de fout (tenzij zij opzettelijk verborgen werd gehouden), en niet eerst vanaf de kennisname ervan door het slachtoffer, is eveneens een onderscheid dat door het Grondwettelijk Hof aanvaardbaar werd geacht (G.W.Hof 21 maart 2007, *TBH* 2007, 732).

- (149) **Art. 26 V.T.Sv. (pro memorie).** Het Hof van Cassatie maakt in het genoemde arrest enkel een voorbehoud voor vorderingen tot herstel van schade die volgt uit een overtreding van de strafwet. In dat geval geldt op grond van art. 26 V.T.Sv., zoals gewijzigd in 1998, dat de rechtsvordering niet kan verjaren vóór de strafvordering.

Dit impliceert dat de burgerlijke partij er voordeel bij heeft om haar vordering voor de burgerlijke rechter te baseren op het misdrijf in die gevallen waarin zij aldus, bijvoorbeeld omdat de strafvordering voor een misdaad (10j.) nog niet verjaard is, de burgerlijke verjarings-exceptie zou kunnen anticiperen. Het volstaat dan dat de burgerlijke rechter de constitutieve bestanddelen van het misdrijf vaststelt, om de verjaringstermijn van de strafvordering te laten gelden (Cass. 19 oktober 1992, *RCJB* 1995, 229, noot A. De Nauw). Anderzijds, ook indien een contractuele fout een misdrijf uitmaakt, dan nog speelt de strafrechtelijke verjaring niet indien de vordering enkel gebaseerd is op de contractuele grondslag (Cass. 17 januari 1991, *Pas.* 1991, 459).

De verjaringstermijn van art. 26 V.T.Sv. blijft van toepassing indien er een stafuitsluitende verschoningsgrond aanwezig is, omdat dit het gepleegde feit niet het karakter van misdrijf ontnemt. De eventuele toepassing van de decumul -regeling van art. 5 al. 2 Sw. op de bestuurder (of de rechtspersoon) heeft bijgevolg geen invloed op de verjaring van de schadevergoedingsaanspraak volgend uit het misdrijf.



\*  
\* \*

## Aansprakelijkheid van aandeelhouders in vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid

**Bibliografie.** J. Ronse, "Waarheid en leugen omtrent de onderneming met beperkte aansprakelijkheid", *Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schoone Kunsten van België, Klasse der letteren*, jaargang XI-1978, nr. 2, 1-28 en "Doorbraak naar Belgisch recht", *WPNR* 1981, 602-612 (beide ook gepubliceerd in: *Gebruikt dese mynen arbeit to uwen besten. Verspreide Geschriften Jan Ronse*, Biblo, 2009); K. Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil*, Kluwer, 2007; M. Wauters, "Nieuwe ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders", in *Vennootschaps- en Financieel recht, Themiscahier*, Brugge, Die Keure, 2008, 53-76.

### 1. Overzicht

- (150) **Niet-aansprakelijkheid als uitgangspunt.** De aandeelhouder is in beginsel niet aansprakelijk voor de verbintenissen van de rechtspersoon (zie Les 1 (nr. (7))), tenzij bijzondere grond voor aansprakelijkheid.
- (151) **Volledigheidshalve: contractuele gevallen van aandeelhoudersaansprakelijkheid.** Bijvoorbeeld:
- garantie of borgstelling door aandeelhouder aan schuldeiser van de vennootschap
    - problematiek van verschoonbaarheid en kosteloze borg: zaakvoerders/aandeelhouders die (onrechtstreeks) economisch belang hebben bij borgstelling zijn niet kosteloos (Cass. 26 juni 2008);
    - door natuurlijke personen: beperking aan geldigheid door bepalingen primair huwelijksstelsel (o.m. art. 215: zekerheden die belangen gezin in gevaar brengen; 224 B.W.: voor gezinswoning toestemming beide echtgenoten nodig)
    - door rechtspersonen: beperkingen door specialiteit en vennootschapsbelang: zie Les 2 en Les 11.
  - vrijwaring door aandeelhouder van bestuurder van de vennootschap;
  - quid patronaatsverklaring?

### 2. Bijzondere wettelijke gronden van aandeelhoudersaansprakelijkheid

- (152) **Oprichtersaansprakelijkheid.** (NV: ook inschrijvers mogelijk - zie art. 450 al. 2 W.Venn.):
- problemen m.b.t. geplaatst kapitaal bij oprichting
  - problemen m.b.t. wettelijke volstortingsplicht bij oprichting
  - wegens kennelijk ontoereikend kapitaal (art. 229, 5°, 405, 5° en 456, 4° W.Venn.):
    - faillissement binnen de drie jaar na oprichting
    - maatschappelijk kapitaal kennelijk ontoereikend
    - voor voorgenomen bedrijvigheid gedurende min. 2 jaar
    - financieel plan over te maken aan de rechtbank
    - hoofdelijke aansprakelijkheid oprichters voor deel van het passief, naar een verhouding die de rechter vaststelt
    - evt. aansprakelijkheid ex art. 1382 B.W.



(153) **“Eénhoofdigheid” vennootschap**

- NV: art. 646 W.Venn.:
  - enige aandeelhouder is hoofdelijk borg
  - 1 jaar regularisatietermijn
- BVBA : art. 211-213 W.Venn.
  - Rechtspersoon als enige vennoot: hoofdelijke aansprakelijkheid verbintenissen (evt. 1 jaar regularisatietermijn)
  - Fysieke persoon kan slechts enige vennoot zijn van één BVBA (hoofdelijk borg, tenzij ingevolgt overlijden)



(154) **Aansprakelijkheid bij overdracht “kasgeldvennootschappen” (pro memorie)** -- Met de invoering van artikel 442ter WIB 92 bij Programmawet van 20 juli 2006 heeft de wetgever in een objectieve aansprakelijkheid voorzien, die de verkoper van de aandelen van een kasgeldvennootschap naar omstandigheden automatisch aansprakelijk houdt voor bepaalde fiscale schulden van de vennootschap, ongeacht de doelstellingen of gevolgen van de aandelenoverdracht.

Met een kasgeldvennootschap is in beginsel niets mis. Niets verbiedt dat het vermogen van een vennootschap geheel of overwegend in liquide middelen is belegd, evenmin als de overdracht van de aandelen van dergelijke vennootschap ongeoorloofd zou zijn. Problematisch wordt het eerst wanneer de kasgeldvennootschap haar fiscale verplichtingen, die doorgaans voortvloeien uit de realisatie van haar integrale actief, niet nakomt. Niet zelden blijken de liquide middelen van deze vennootschap na de aandelenoverdracht een niet-traceerbare bestemming te hebben gekregen (bv. investering in exotische mijnconcessies) waarna de vennootschap, aan haar lot overgelaten, op het faillissement afstevent. Wanneer de fiscus vervolgens de openstaande belastingsschuld wenst te recupereren, wordt zij geconfronteerd met een insolvabele debiteur. Ook de koper en/of zaakvoerder, door wiens toedoen de gelden hun frauduleuze bestemming kregen, blijkt onvindbaar. In het verleden richtte de fiscus in dergelijk geval meer dan eens haar pijlen op de verkoper, betogend dat deze wist of had moeten weten dat de verkoop van de kasgeldvennootschap deel uitmaakte van een frauduleuze constructie.

De hoofdelijke aansprakelijkheid van de aandelenverkoper treedt in indien aan drie voorwaarden is voldaan:

- het vermogen van de vennootschap: het nieuwe aansprakelijkheidsregime verbonden aan de aanwezigheid van activa die, uiterlijk op de dag van de betaling van de prijs van de aandelen, voor ten minste 75% bestaan uit vorderingen, financiële vaste activa, geldbeleggingen en/of liquide middelen. Is dit het geval, dan kan de vennootschap voor toepassing van de aandeelhoudersaansprakelijkheid als een "kasgeldvennootschap" worden beschouwd, ook al hanteert de wetgever deze term niet. Dat de samenstelling van het vermogen van de kasgeldvennootschap ook uit financiële vaste activa kan bestaan, brengt mee dat louter holdingvennootschappen, die geenszins aan de klassieke typologie van de kasgeldvennootschap beantwoorden, eveneens door de nieuwe regeling kunnen worden gevat. De wet voorziet evenwel in één uitzondering: het regime is niet van toepassing op de overdracht van aandelen van een genoteerde vennootschap of van een onderneming die onder het toezicht staat van de FSMA.
- de participatie in handen van de verkoper: de aandelenverkoper dient een voldoende groot belang te hebben in de kasgeldvennootschap, met name minstens 33% van de aandelen. Om te bepalen of deze drempel wordt bereikt moeten bij het eigen bezit ook de aandelen wor-

den geteld die in handen zijn van de echtgenoot of wettelijk samenwonende partner, de descendente, ascendenten en zijverwanten tot en met de derde graad. Bovendien kunnen de aandelen ook middellijk worden gehouden, in het bijzonder via een tussenliggende vennootschap.

- het overgedragen aandelenpakket: tot slot is vereist dat de betrokken aandelen geheel, of minstens ten belope van drie vierden, worden overgedragen in een tijdspanne van één jaar. Deze toevoeging beoogt te vermijden dat de overdracht over opeenvolgende partiële verkopen zou worden opgesplitst om de toepassing van de aansprakelijkheidsregel te vermijden. De wet vereist niet dat de aandelen worden verkocht; ook een inbreng lijkt te kunnen volstaan. Evenmin moeten de aandelen allemaal aan eenzelfde partij worden overgedragen.

Zijn de toepassingsvoorwaarden vervuld, dan is de verkoper van rechtswege hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de belastingschulden en toebehoren die betrekking hebben op (i) het belastbaar tijdperk waarin de aandelenoverdracht plaatsvindt, en (ii) de drie belastbare tijdperken voorafgaand aan dit waarin de aandelenoverdracht plaatsvindt. Dit impliceert dat de verkoper ook nog aansprakelijk kan worden gehouden voor de fiscale gevolgen van handelingen die de koper, na de aandelenoverdracht doch voor de afsluiting van het fiscale tijdperk, heeft verricht. Verdedigd werd dat de hoofdelijke aansprakelijkheid enkel betrekking heeft op de inkomstenbelastingen en niet op andere, indirecte belastingen, nu het nieuwe voorschrift (enkel) in het WIB 92 werd ingelast.

Daarnaast heeft de wetgever ook een bijzondere hoofdelijke aansprakelijkheid ingevoerd. De verkoper kan tevens hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de belasting op een meerwaarde gerealiseerd op immateriële of materiële vaste activa indien (i) deze meerwaarde gerealiseerd werd uiterlijk op de dag van de overdracht van de aandelen, (ii) de meerwaarde in aanmerking komt voor het stelsel van de gespreide taxatie bedoeld in artikel 47 WIB 92, op voorwaarde van herbelegging, en (iii) de vennootschap de intentie tot herbelegging kenbaar heeft gemaakt in haar fiscale aangifte met betrekking tot het belastbare tijdperk waarin de meerwaarde gerealiseerd werd. In dergelijk geval geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid van de verkoper wanneer de herbelegging naderhand niet binnen de wettelijke termijn plaatsvindt.

- (155) **Volledigheidshalve: aandeelhouder als feitelijke bestuurder.** Les 8, i.h.b. nr. (141).

### 3. Aandeelhoudersaansprakelijkheid op grond van algemene rechtsgronden

- (156) **“Doorbraak van de beperkte aansprakelijkheid” / “Piercing the corporate veil” / “Misbruik van rechtspersoonlijkheid”.** Het uitgangspunt is beperkte aansprakelijkheid: aandeelhouders hebben in beginsel geen andere verplichting dan het kapitaal waarop ze hebben ingeschreven te volstorten. Dit uitgangspunt geldt ook voor meerderheids- of controlerende aandeelhouders.
- Juridisch geen zelfstandig rechtsbegrip, maar verzamelnaam voor aandeelhoudersaansprakelijkheid op grond van bijzondere rechtsgronden (zie boven §2) of algemene aansprakelijkheidsgronden toegepast op de situatie van een aandeelhouder (vertrouwensleer, naamlening, onrechtmatige daad, *actio pauliana*, ...).
  - Aansprakelijkheid aan aandeelhouder te onderscheiden van uitbreiding van faillissement naar “achterman”: vroeger door rechtspraak niet onderscheiden.

Voorbeelden (zie ook Les 11 over groepsverhoudingen:

- Schijn van verbondenheid
- Vermogensvermenging
- Onrechtmatige vermogensverschuivingen
- Creëren van onrechtmatige schijn van kredietwaardigheid
- Bijzondere zorgplichten voor controlerende aandeelhouder?

\*

\* \*

## Ontbinding en vereffening van vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid

**Bibliografie.** Ph. Jehasse, *Manuel de la liquidation*, Kluwer, 2007, 776 p.; H. Braeckmans, *Vereffening van vennootschappen buiten faillissement*, Intersentia, 2008, 182 p; B. Tillemans, *Ontbinding van vennootschappen*, Biblo, 1997, 274 p.; C. Clottens, "Het lot van lopende gerechtelijke procedures na afsluiting van de vereffening van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid" TRV 2010, 154-162; R.Tas en J. Vananroye, "Stottert de vereffeningswetgever?", in *Overzicht nieuwe wetgeving vennootschappen 2007-2011*, Biblo, 2011, 259-285 (met bespreking van Wetsontwerp 30 maart 2010 dat hernomen werd in wetsontwerp dat aanleiding gaf tot de Wet van 19 maart 2012). Zie over vermogensovergang en – vereffening in het algemeen: J. Vananroye, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon. Technieken van vermogensafschieding, vermogensovergang en vermogensvereffening in het burgerlijk en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Biblo, 2014, 83 e.v.

### 1. Algemeen

(157) **Onderscheiden :**

- ontbinding / vereffening / sluiting van de vereffening
- ontbinding en vereffening van de rechtspersoon vs. discontinuïteit van de onderneming
- soorten van ontbinding:
  - vrijwillige ontbinding
  - ontbinding van rechtswege
  - gerechtelijke ontbinding

(158) **Sedes materiae en afbakening.** Bepalingen in Boek II (art. 39-45), Boek IV (art. 181-182) en in de verschillende Boeken per vennootschapsvorm. Hierna wordt enkel de ontbinding in de volkomen rechtspersonen behandeld.

(159) **Vereffening en faillissement:**

- specifieke invulling faillissementsvoorwaarden bij vennootschap in vereffening (Cass. 17 juni-1994 en latere rechtspraak)
  - staking van betaling : “vennootschap betaalt haar eisbare schulden niet en zal haar schulden niet op korte termijn kunnen voldoen”
  - meerderheid rechtspraak : vereffening moet deficitair zijn
  - wankelen van krediet : “schuldeisers weigeren uitstel van betaling of vermindering van hun vordering toe te staan en vennootschap kan geen krediet krijgen” (praktijk: meerderheid schuldeisers heeft geen vertrouwen in goede verloop vereffening)
  - dus: deficitaire vereffening impliceert niet noodzakelijk faillissement (Cass. 14 januari 2005)
- waarborgen voor schuldeisers niet gelijkwaardig

### 2. De vrijwillige ontbinding

(160) **Eenzijdige opzegging door een vennoot (art. 39, 5° W.Venn.).** Vergelijkbaar met gemeenrechtelijk principe van eenzijdige opzegmogelijkheid van contracten van onbepaalde duur : vennoot moet redelijk exit-mogelijkheid hebben:

- niet voor vennootschappen aangegaan voor bepaalde duur (art. 43 en 45 W.Venn.: enkel ontbinding om wettige redenen)
  - niet voor vennootschappen met vrije overdraagbaarheid van aandelen
  - opzegging aan de andere vennoten (of aan de vennootschap met rechtspersoonlijkheid)
  - dient te goeder trouw (cf. eventueel aanbod overdracht aandelen) en niet ontijdig te gebeuren (art. 43-44 W.Venn.)
- (161) **Beslissing tot vrijwillige ontbinding door de vennoten/ het bevoegde vennootschapsorgaan:**
- Gekwalificeerde meerderheid: regels voor statutenwijziging – desgevallend notarieel
  - Ook toepassen op rechtshandelingen die neerkomen op verdwijnen van volledig actief van vennootschap (bv. aanvragen faillissement, verkoop gans handelsfonds)? (Cass. 21 september 1989, *RCJB* 1993, noot M. Coipel: nee)
- (162) **Procedure in vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid.** Lees art. 181 W.Venn.:
- bijzondere verslagplicht met recente staat van activa en passiva
  - ratio legis :
    - frauduleuze vereffening ter vermindering faillissement tegengaan
    - AV met kennis van zaken laten beslissen
    - vertrekpunt voor vereffenaar
  - procedure geldt voor BVBA, CVBA, NV, Comm. VA en SE/SCE
  - bijzonder verslag raad van bestuur (te vermelden in agenda)
  - staat van activa en passiva
    - niet ouder dan drie maanden
    - in de regel opgesteld in hypothese van discontinuïteit
  - controleverslag door commissaris of door bedrijfsrevisor/extern accountant
  - kopie verslagen en staat van activa en passiva over te maken aan vennoten cfr. normale regels ter beschikking stellen stukken
  - naleving procedure op straffe van nietigheid
  - notaris moet naleving procedure bevestigen
- (163) **Verplichte bijeenroeping AV m.b.t. ontbinding in het kader van de alarmbelprocedure.** Lees art. 332, 431 en 633 W.Venn.:
- verplichting om bij geleden verliezen die het kapitaal aantasten, AV bijeen te roepen om te beraadslagen over de ontbinding - daling netto-actief beneden  $\frac{1}{2}$  resp.  $\frac{1}{4}$  maatschappelijk kapitaal
  - bijeenroeping AV binnen de twee maand nadat overschrijden drempel is vastgesteld/had moeten worden vastgesteld
  - agenda : ontbinding / evt. andere maatregelen
  - mogelijkheid ontbinding bij minderheidsbeslissing indien netto-actief  $< \frac{1}{4}$  kapitaal
  - bijzonder verslag bestuursorgaan (nietigheidssanctie)
  - toepassing procedure vrijwillige ontbinding ?
  - bijzondere aansprakelijkheidsregeling bij niet-naleving procedure (cf. Les 11)

### 3. De ontbinding van rechtswege

- (164) **Verstrijken van de duur (art. 39, 1° W.Venn.)**
- (165) **Tenietgaan van de zaak of voltrekken van de handeling (art. 39, 2° W.Venn.)**

- D.w.z. doel van de vennootschap kan niet meer worden verwezenlijkt of is verwezenlijkt (Cass. 21 september 1989, *RCJB* 1993, noot M. Coipel)
  - discussie of dit wel geldt in vennootschappen waarvan het doel kan worden gewijzigd (nee)
- (166) **[Dood van één van de vennoten (art. 39, 3° W.Venn.) of de onbekwaamverklaring of het kennelijk onvermogen van een vennoot (art. 39, 4° W.Venn.)].** pro memorie: in onvolkomen rechtspersonen - behoudens voorzettings- of verblijvingsbeding
- (167) **Failissement van de vennootschap (art. 83 Faill.W.):**
- vroeger geen automatisme
  - Faill.W. 8 augustus 1997 : automatische ontbinding, gekoppeld aan beslissing tot niet-verschoonbaarverklaring
  - verschoonbaarheid rechtspersoon inmiddels terug afgeschaft
  - Art. 83 Faill.W. : sluiting failissement impliceert ontbinding venn. met onmiddellijke sluiting vereffening
- (168) **“Vereniging van alle aandelen in één hand”:**
- onvolkomen rechtspersonen en CV : ontbinding van rechtswege
  - let wel: wél vereffening (vóór Cass. 7 oktober 1958, *Pas.* 1958, I, 132: onmiddellijke overgang onder algemene titel naar enige aandeelhouder)
  - NV en BVBA : leidt niet tot ontbinding, desgevallend wel tot aansprakelijkheid van enige vennoot (zie *Les* 12 – nr. (153))
- (169) **Zetelverplaatsing?** Bij verplaatsing van voornaamste vestiging zonder continuïteit van de rechtspersoon? (zie *Les* 4 – nr. (59))

#### 4. De gerechtelijke ontbinding

- (170) **Ontbinding om wettige redenen.** Zie art. 45 W.Venn. en art. 343, 386 en 645 W.Venn.:
- geldt in alle vennootschapsvormen, aangegaan voor bepaalde of onbepaalde duur
  - begrip “wettige redenen” : om het even welke omstandigheid die haar oorsprong vindt in het vennootschapscontract of in de werking van de vennootschap waardoor de verwezenlijking van het vennootschapsdoel onherroepelijk wordt verhinderd, zodat men van de vennoten redelijkerwijze niet meer kan vereisen dat zij de vennootschap verderzetten, bv.
    - zwaarwichtige wanprestatie van een vennoot
    - zware en blijvende onenigheid
    - misbruik van meerderheid/minderheid...
  - subsidiair karakter ("ultimum remedium") – cf. verhouding met geschillenregeling (zie o.m. M. Wauters, "Geschillenregeling en gerechtelijke ontbinding", *TRV* 2001, 494-500; J. Vananroye, "De vordering tot uittreding of uitsluiting na de ontbinding of het failissement van de vennootschap", *TRV* 2007, 295-304).
- (171) **Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen.** Zie art. 182 W.Venn.:
- vennootschap die drie jaar geen jaarrekening heeft neergelegd (enkel voor vennootschappen die verplicht zijn jaarrekening neer te leggen)
  - ontbinding mogelijk op vraag van iedere belanghebbende / openbaar ministerie
  - ten vroegste zeven maand na afsluiting derde boekjaar
  - regularisatie mogelijk tot aan de uitspraak, zelfs in graad van hoger beroep (Cass. 23 maart 2006)



- (172) **Daling netto-actief beneden bepaalde minimumgrens.** Zie art. 333, 432 en 634 W.Venn.:
- aanvulling op alarmbelprocedure
  - netto-actief daalt beneden minimumbedrag te volstorten kapitaal (absolute drempel)
  - elke belanghebbende kan ontbinding vorderen (rechtspraak : ruime interpretatie – ook concurrent)
  - rechtbank kan regularisatietermijn toekennen
- (173) **Pro memorie:**
- Mogelijke sanctie bij niet-tijdige aanpassing statuten aan W.Venn.
  - Niet-afkopen van aandelen in de BVBA (art. 251-252 W.Venn.)
  - Gerechtelijke ontbinding als straf (art. 6-35 Sw.)

## 5. De vereffening

- (174) **De rechtspersoon tijdens de vereffening:**
- Behoud van rechtspersoonlijkheid tot aan de sluiting van de vereffening (art. 183 W.Venn.)
  - Handelsvennootschap blijft handelaar tijdens de vereffening
    - faillissement mogelijk tot 6 maand na sluiting vereffening : art. 2, laatste lid Faill.W.
    - tijdstip van staking van betaling kan meer dan 6 maand teruggaan, tot datum ontbinding (art. 12, laatste lid Faill.W.)
    - Cass. 19 januari 2006:

“Naar luid van artikel 12, zesde lid, van de Faillissementswet, mag het vonnis het tijdstip van staking van betaling niet vaststellen op meer dan zes maanden voor het vonnis van faillietverklaring, tenzij dit vonnis het faillissement betreft van een meer dan zes maanden voor de faillietverklaring ontbonden rechtspersoon waarvan de vereffening al dan niet werd afgesloten, en waarvoor aanwijzingen bestaan dat deze is of wordt bewerkstelligd met de bedoeling nadeel te berokkenen aan de schuldeisers. In dat geval kan het tijdstip van het ophouden van betalen worden vastgesteld tot op de dag van het ontbindingsbesluit.

Deze bepaling is ook van toepassing wanneer het vennootschapsvermogen, volgens het toen geldende recht, wordt vereffend zonder dat daartoe door de vennoten een formele beslissing tot ontbinding van de vennootschap werd genomen. In dat geval kan de datum van het ophouden van betalen worden vastgesteld tot op dat tijdstip.

2. Door te oordelen dat voor de toepassing van artikel 12 van de Faillissementswet een formele ontbinding van de vennootschap is vereist en dat een feitelijke toestand van vereffening niet volstaat en op die gronden de eisers, hun vordering om de datum van het ophouden te betalen vast te stellen op meer dan zes maanden voor het vonnis van faillietverklaring af te wijzen, schenden de appelrechters deze wetsbepaling.”

- Traditoneel: rechtsbekwaamheid beperkt tot afwikkelen van de vereffening
  - beter: vennootschapsdoel krijgt een vereffeningsfinaliteit: eerder grens aan de bevoegdheid van de organen dan beperking van de bekwaamheid van de vennootschap: dit beperkt tegenwerpelijkheid aan derden
  - geen beschikkingsonbevoegdheid zoals bij faillissement
- Vereffenaar kan met machtiging AV bedrijf of handel voortzetten (art. 187 W.Venn.)
- Uitgaande stukken moeten staat van vereffening vermelden
- Naamswijziging: niet meer mogelijk
- Zetelverplaatsings: verplichte rechterlijke homologatie
- Procesrechtelijke aspecten:
  - geen gedinghervatting nodig
  - betekening mogelijk aan de maatschappelijke zetel of aan woonplaats vereffenaars

- identificatie vennootschap in vereffening :“vennootschap (in vereffening)” of “vennootschap (in vereffening) vertegenwoordigd door haar vereffenaar X” (verschil: werking van art. 440 al. 2 Ger.W.! – zie hoger Les 3 – nr. (40))

(175) **Bestuursorganen vervangen door vereffenaar(s):**

- Mandaat bestuurders/zaakvoerders eindigt van rechtswege (uitz. : verplichting nog bepaalde noodzakelijke handelingen te stellen)
- Bestuursorgaan wordt vervangen door één of meer vereffenaars (college): vereffenaar is orgaan van de vennootschap (geen externe bewindvoerder zoals een faillissementscurator)
- Hoe aangeduid?:
  - aanduiding in de statuten; of
  - benoeming door de AV (gewone meerderheid, gekwalificeerde meerderheid in VOF/Comm.V); of
  - benoeming door de rechtbank (uitzonderlijk, tenzij gerechtelijke vereffening)
- Vereffenaars van rechtswege : laatste bestuurders/zaakvoerders (slechts passieve vertegenwoordigingsmacht – Cass. 5 januari 1911)
- Vereffenaar-rechtspersoon stelt vaste vertegenwoordiger aan (maar valt niet onder toepassing art. 61, § 2 W.Venn.)

(176) **Nieuwe vereffeningprocedure (W. 2 juni 2006).** Lees art. 184 W.Venn. e.v. (merk op: gewijzigd door “reparatie”-wetten van 19 maart 2012 en 25 april 2014)

Hoofdbekommernis:

- misbruiken bij deficitaire vereffeningen tegengaan
- regeling uiteindelijk toegepast op alle vereffeningen

Vereffenaars treden slechts in functie na bevestiging benoeming door rechtbank van koop-handel (plaats van de zetel, tenzij verplaatsing binnen zes maand voor ontbinding)

Criterium:

- “alle waarborgen van rechtschapenheid”
- sommige relatieve uitsluitingsgronden: homologatie vereist – niet mogelijk handelingen te stellen als vereffenaar vóór homologatie
- bepaalde absolute uitsluitingsgronden

Procedure:

- Voor voorzitter rechtbank van koophandel op eenzijdig verzoekschrift (ook voor vennootschappen met burgerlijk doel (nieuw art. 574, 1° Ger.W.))
- Termijn voor bevestiging/homologatie:: 5 werkdagen, bij gebreke waarvan vereffenaar wordt geacht bevestigd/gehomologeerd te zijn

Indien geen bevestiging/homologatie kan rechtbank zelf vereffenaar aanstellen:

- rechtspraak maakt het onmogelijk om ontbinding te laten afhangen van bevestiging van vereffenaar
- cascade van kandidaten als mogelijkheid uitdrukkelijk voorzien

Probleem: handelingen tussen benoeming en bevestiging/homologatie

- indien homologatie vereist:
  - vereffenaar kan nog geen handelingen stellen
  - wie dan wel? bestuurders hebben passieve bevoegdheid?
- indien bevestiging vereist:
  - vereffenaar kan reeds wel handelingen stellen

- rechter kan nietig verklaren indien ze kennelijk in strijd zijn met de rechten van derden
- (177) **Bevoegdheden en statuut van vereffenaars.** Lees art. 186 e.v. W.Venn.
- Bevoegdheid:gelijkaardig aan bevoegdheid bestuurders/zaakvoerders, maar bepaalde verschillen
    - voor sommige handelingen machtiging AV nodig
    - geen machtiging meer nodig voor *actio mandati*
    - AV bepaalt wijze van vereffening
  - Ontslag vereffenaars : in principe *ad nutum* herroepbaar (uitz. : statutaire en gerechtelijke vereffenaars)
  - Aansprakelijkheid vereffenaars
    - voor fouten in beheer (vgl. aansprakelijkheid bestuurders)
    - 5-jarige verjaringstermijn (art. 198, § 1, vierde lid W.Venn.)
    - Quid aansprakelijkheid t.a.v. vennootschap na sluiting vereffening?
  - Jaarlijkse algemene vergadering (geen goedkeuring jaarrekening, wel neerlegging)
- (178) **Verslaggeving verloop en sluiting vereffening.** Lees 189bis W.Venn. :verplichte verslaggeving over verloop en sluiting vereffening / vereffeningsdossier (ingevoerd door W. 2 juni 2006):
- in 6de en 12de maand eerste vereffeningsjaar omstandige staat van toestand vereffening voorleggen aan rechtbank (vermeldt ontvangsten, uitgaven en uitkeringen en wat nog moet worden vereffend), vanaf 2de jaar jaarlijks voorleggen
  - voor afsluiting vereffening verdelingsplan voor akkoord voorleggen aan rechtbank van koophandel (vgl. faillissement, gerechtelijke reorganisatie)
  - sanctie ontbreken verslaggeving: vervanging vereffenaars – geldboete
  - vereffeningsdossier bij te houden:
    - gewone vennootschapsdossier
    - kopie van verslagen m.b.t. ontbinding
    - kopie van de staten neer te leggen tijdens vereffening
    - uittreksels van bekendmakingen in het kader van de vereffening
    - lijst van homologaties en bevestigingen
- (179) **“Ontbinding en vereffening in 1 dag”.** Nieuw art. 184, § 5 (gewijzigd in 2014): ontbinding en vereffening in 1 akte slechts mogelijk mits:
- Geen vereffenaar aangeduid
  - Alle schulden ten aanzien van derden zijn terugbetaald of de nodig delden om die te voldoen werden geconsigneerd
  - Alle aandeelhouders aanwezig/vertegenwoordigd en eenparige beslissing
  - Terugname resterend actief door vennoten zelf

## 6. Afwikkeling van passiva en activa

- (180) **Vereffening creëert samenloop.** Art. 190, § 1 W.Venn. (+ vaste cassatierechtspraak)
- Gelijke behandeling
  - Verbod op individuele daden van tenuitvoerlegging
    - geen wettelijk verbod - vgl. faillissement (art. 24-26 Faill.W.)
    - wel verbod indien uitvoering rechten andere schuldeisers schaadt (evt. verzet bij beslag-rechter)
    - uitzondering : separatisten (houders bijzonder voorrecht of zakelijke zekerheid) en boe-delschulden
  - Veroordeling vennootschap blijft wel steeds mogelijk (uitvoerbare titel verschaffen)

- Schorsing van de intresten in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers
- Schulden op termijn worden niet automatisch eisbaar

(181) **Uitbetaling vereffeningssaldo aan vennoten :**

- vennoten zijn niet algemene rechtsopvolgers vennootschap
- vennootschap met een sociaal oogmerk : bestemming aan gelijkaardig doel
- statutaire regeling verliesbijdrage / liquidatieuitkering (zoniet : proportioneel met inbreng)
- rekening te houden met volstortingsgraad aandelen ? (niet voor verlies-, wel voor winstverdeling)
- verdeling bij sluiting vereffening, maar uitbetaling voorschotten mogelijk
- inkoop van aandelen mogelijk, met machtiging algemene vergadering

## 7. Sluiting van de vereffening

(182) **Formeel criterium.** Sluiting vindt plaats door besluit tot sluiting, ook als niet alle schulden zijn betaald betaald behoudens bedrog (Cass. 22 maart 1962)

- beslissing AV (vroegere vereiste dubbele AV afgeschaft)
- soms beslissing te nemen door rechtbank (gerechtelijke ontbinding slapende vennootschappen - faillissement)
- geen sluiting onder voorbehoud mogelijk

(183) **Procedure:**

- vooraf verdelingsplan voor te leggen aan de rechtbank van koophandel
- vereffenaars leggen maand voor AV rekeningen + stavingsstukken neer (art. 194 W.Venn.)
- controle door commissaris (of individuele controle- en onderzoeksbevoegdheid vennoten)
- beslissing zonder aanwezigheidsquorum en met gewone meerderheid, niet-notarieel
- kwijting aan vereffenaars

(184) **Gevolgen van sluiting:**

- Vennootschap houdt op te bestaan als rechtspersoon
  - vennootschap kan niet meer eigenaar, schuldeiser, schuldenaar, procespartij, ... zijn
  - mandaat van vereffenaar eindigt
- Wat indien na sluiting activa opduiken ?
  - geen heropening (tenzij nietigverklaring besluit/bedrog)
  - activa gaan over onder bijzondere titel naar de vennoten (in onverdeeldheid bij pluraliteit)
- Bijzonder geval: vorderingen door vennootschap doven in beginsel uit door sluiting van de vereffening (sluiting wordt geacht afstand in te houden)
  - uitzondering: als gekozen voor overgang onder algemene titel
  - mogelijk onder bijzondere titel?
  - in ieder geval: *nemo liberalis nisi liberatus* ("je kan maar vrijgevig zijn als je bevrijd bent") – zie J. Vananroye, Onverdeelde boedel en rechtspersoon, 115, nr. 180:

***Nemo liberalis nisi liberatus* : toepassing bij vereffening van een rechtspersoon.**  
Het *nemo liberalis*-principe uit het erfrecht reikt ook een oplossing aan voor nog lopende of potentiële vorderingen van een rechtspersoon waarvan de vereffening wordt gesloten.

Doorgaans wordt aangenomen dat de sluitingsbeslissing, minstens voor de reeds gekende vorderingen, een afstand inhoudt van de vorderingen die de rechtspersoon nog heeft. Niets belet dat er expliciet geen afstand wordt gedaan en dat de sluitingsakte reeks gekende of nog onbekende vorderingen in de sluitingsakte toebedeelt aan de vennoot of vennoten (in dat laatste geval betreft het een onverdeeldheid).<sup>234</sup> Dit is overigens de regel voor activa (zoals lichamelijke goederen) die niet door een afstand kunnen uitdoven (zie hoger nr. 177).

Het *nemo liberalis*-principe stelt in het licht dat zulke bedeling onder bijzondere titel enkel kan als alle vennootschapsschuldeisers zijn voldaan. Indien er hier twijfel over kan bestaan, zal een voorzichtig vereffenaar deze overgang afhankelijk maken van een overneming door de vennoten van de aansprakelijkheid voor nog later opduikende vennootschapspassiva, minstens ten belope van de waarde van de activa die zij ten bijzondere titel ontvangen.

- (185) **“Passieve rechtspersoonlijkheid”.** Ondanks dat de vennootschap ophoudt te bestaan als rechtspersoon kan tot vijf jaar na sluiting van de vereffening vordering worden ingesteld tegen vereffenaars q.q. (lees art. 198§1, derde streepje W.Venn.)
- geen actieve handelingen meer
  - Cass. 17 april 2008: geldt ook voor vorderingen ingesteld tegen vennootschap en die nog hangende zijn bij sluiting vereffening
  - Wat schuldeisers hier *niet* mee zijn:
    - geen mogelijkheid om vereffening te heropenen, tenzij bedrog
    - geen verhaal op aandeelhouders
      - ook niet ten belope van te veel ontvangen actief
      - geen overgang onder algemene titel
      - tenzij gekozen voor overgang onder algemene titel
    - geen titel tegen vereffenaars persoonlijk
  - Wat schuldeisers hier wel mee *kunnen* zijn:
    - biedt titel voor verhaal op geconsigneerde activa
    - biedt titel indien vereffening wordt heropend wegens nietigverklaring besluit tot sluiting
    - kan aansprakelijkheidsvordering tegen vereffenaars ondersteunen

**Bijlage: J. Vananroye, “Kwaliteitscontrole op de vereffening”, TRV 2011**

\*

\* \*

## KWALITEITSCONTROLE OP DE VEREFFENING : TIJD VOOR EEN VERANDERING VAN FOCUS

**Joeri Vananroye**

1. De aandeelhouder heeft een nettoaanspraak : hij is slechts gerechtigd tot de waarde van de vennootschapsactiva met aftrek van de passiva. Een bijzonder toepassingsgeval van het nettokarakter van de aanspraak van de aandeelhouders is dat bij een vereffening in beginsel eerst de schulden dienen te worden voldaan, alvorens het nettoactief aan de deelgenoten kan worden uitgekeerd (art. 190, § 2 W.Venn). Dit is immers de enige manier om met zekerheid de nettoaanspraak vast te stellen op het ogenblik dat het vennootschapsvermogen als onderpand van de vennootschapsschuldeisers verdwijnt.
2. Een vereffening biedt de schuldeisers enkel waarborgen in de mate dat zij correct gebeurt, in de zin dat diligent en te goeder trouw alle activa en passiva worden opgespoord en voor mekaar bestemd.

Het probleem bij de vereffening van een vennootschap is dat deze in beginsel onder controle van de aandeelhouders staat, die zelf de vereffenaar(s) aanduiden. Die aandeelhouders hebben nochtans een aan de schuldeisers tegengesteld belang : als passiva worden “overgeslagen”, zal immers het eventuele nettoaandeel dat de aandeelhouders uit de vereffening krijgen, met gelijke tred verhogen. Deze tegenstelling stelt zich des te scherper, nu op grond van vaste cassatierechtspraak wordt aangenomen dat ook een insolvente vennootschap in de regel volgens de gewone regels kan worden vereffend<sup>(1)</sup>. De kwaliteit van de vereffening is in die hypothese cruciaal, omdat per hypothese de activa niet volstaan om de passiva te voldoen.

3. Zoals bekend heeft de wet van 2 juni 2006 tot wijziging van het Wetboek van Vennootschappen, teneinde de vereffeningsprocedure te verbeteren (*BS* 26 juni 2006), dit belangenconflict in de eerste plaats proberen aan te pakken door een rechterlijke controle op de aanstelling van een vereffenaar (zonder een neutrale bewindvoerder op te leggen en het initiatief van de benoeming aan de aandeelhouders te onttrekken)<sup>(2)</sup>. De kwaliteit van de vereffening wordt bijna helemaal opgehangen aan een drempelcontrole over de identiteit van de vereffenaar. Ook het “reparatie”-wetsontwerp dat op 30 maart 2010 werd neergelegd (*Parl.St.* Kamer 2009-2010, nr. 2527/001 en 2528/001) behoudt deze focus.

Symptomatisch is de overmatige aandacht van de wetgever, en in zijn zog de rechtsleer (maar niet de rechtspraak), voor de zgn. “tussentijdse handelingen” gesteld tussen benoeming en rechterlijke bevestiging, terwijl nauwelijks aandacht wordt besteed aan het ingrijpen in de vereffening na bevestiging van de benoeming. Het lijkt wel alsof de

---

1. Zie o.a. Cass. 14 januari 2005, *RW* 2005-06, 429, *TRV* 2005, 28, noot M. WYCKAERT.  
2. R. TAS en J. VANANROYE, “Stottert de vereffeningswetgever ?” in *Overzicht nieuwe wetgeving vennootschappen 2007-2011*, Kalmthout, Biblo, 2011, 259-285 en de verwijzingen daar.

wetgever écht gelooft dat de vereffenaar na bevestiging door de rechtbank aan “alle waarborgen van rechtschapenheid” (art. 184, § 1, al. 2 W.Venn.) voldoet en zal blijven voldoen.

De wetgever koestert daarbij overspannen verwachtingen t.a.v. de mogelijkheden van een rechtbank om op eenzijdig verzoekschrift een nuttige controle uit te oefenen over de kwaliteit van een vereffenaar. Een reparatie van deze drempelcontrole neemt hoogstens de meest storende neveneffecten weg.

4. Om het probleem van de belangentegenstelling tussen aandeelhouders en schuldeisers aan te pakken, lijkt het beter in een adequaat *armamentarium* te voorzien indien de vereffenaar toch minder “rechtschapen” is dan verhoopt.

Beter dan een drempelcontrole is expliciet in de mogelijkheid voorzien dat derden (in het bijzonder schuldeisers, maar ook minderheidsaandeelhouders) in de loop van de vereffening om gegronde redenen de vervanging van de vereffenaars en/of de nietigverklaring van hun handelingen kunnen vorderen. *De lege lata* suggereren art. 184, § 1, al. 7 en § 2 W.Venn. dat, buiten deze zéér specifieke gronden, derden niet de vervanging van de vereffenaar kunnen vorderen.

5. Een ander probleem dat de aandacht van de wetgever verdient, zijn activa en passiva die opduiken na sluiting van de vereffening. Stuitend is bv. de situatie als er zowel passiva als activa opduiken na sluiting van de vereffening van een rechtspersoon. De logica van de nettoaanspraak van de aandeelhouders zou zijn, dat die later opduikende activa worden bestemd voor de later opduikende passiva. De heersende opvatting brengt echter een andere oplossing met zich mee : de activa - minstens de lichamelijke - gaan onbelast over naar de voormalige aandeelhouders, terwijl de onbetaalde schuldeisers met lege handen achterblijven<sup>3</sup>.

De heersende mening is dat enkel bij bedrog de sluiting van de vereffening ongedaan kan worden gemaakt. We willen ervoor pleiten dat de vereffening kan worden heropend op verzoek van elke belanghebbende, zonder dat noodzakelijk bedrog dient te worden aangetoond. Na heropening herleeft dan de vereffening voor de doeleinden van de heropening. Het nut hiervan is het duidelijkst indien er nieuwe activa zijn opgedoken en er nog (oude of opgedoken) onbetaalde vennootschapsschulden zijn. De vereffenaar kan dan de opgedoken activa bestemmen voor de nog onbetaald gebleven passiva. Daarenboven dient de wetgever de moeilijke vraag aan te pakken of de vereffenaar in het kader van een heropening reeds uitgekeerde activa kan terugvorderen van aandeelhouders te goeder trouw.

6. Een bijzonder actiefbestanddeel is de aansprakelijkheidsvordering tegen de vereffenaar zelf. De vordering tot vergoeding van schade ten gevolge van een onzorgvuldige vereffening komt aan de rechtspersoon zelf toe. Na sluiting van de vereffening verdwijnt de rechtspersoon die per hypothese schade heeft geleden t.g.v. een onzorgvuldige vereffening, en daarmee ook de aansprakelijkheidsvordering van de vennootschap tegen de vereffenaar. De wetgever zou duidelijkheid moeten bieden over de vraag of na sluiting van de vereffening de schuldeisers of voormalige aandeelhouders hun “deel” in de vordering van de verdwenen rechtspersoon kunnen uitoefenen.

---

3. Zie o.m. C. CLOTTENS, “Het lot van lopende gerechtelijke procedures na afsluiting van de vereffening van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid”, *TRV* 2010, 150 e.v.

## Enkele aspecten van vennootschapsgroepen

**Bibliografie.** K. Geens, "Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Belgien", ZGR 1992, 142-172; S. Van Crombrugge, *Fiscale en juridische eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Kluwer, 1984; P. Van Ommeslaghe, "Les groupes de sociétés et l'expérience du droit belge", in *Groups of companies in European Laws*, II, Berlin, Walter de Gruyter, 1982, 59 e.v.; A. Van Hoe, "Samengevoegde afwikkeling van faillissementen: het Europees Hof van Justitie stelt de grenzen scherp", noot bij HvJ 15 december 2011, RW, ter publicatie; E. Wymeersch, "Het recht van de vennootschapsgroepen", in W. Van Eeckhoutte, *Rechtspersonenrecht*, Mys en Breesch, 1999, 393-424; K. Vandekerckhove, *Piercing the corporate veil*, Kluwer, 2007. Zie voor een bespreking van vennootschapsgroepen in de financiële sector, met ook een bespreking van "gemeen" groepsrecht: V. De Vuyst, *Internal governance bij financiële conglomeraten*, Intersentia, 2010. Zie voor Nederland o.m. S. Bartman en A. Dorresteyn, *Van het concern*, Kluwer, 2009.

### 1. Inleiding: de groep als "meest voorkomende ondernemingsvorm"

- (186) **Belang en overzicht van enkele issues.** Lees Chapter IV van *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law* (2011):

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf)

"4.1.1 Historical development of the regulation of groups in the EU

European large-sized enterprises, which business activity is typically organised and conducted through a network of individual subsidiaries located in several States inside and outside Europe. The group management is the heart of this leading business organisation: the main reason for its success consists in the sophisticated and flexible management issuing from the optimal combination of central control exercised by the parent and local autonomy granted to subsidiaries. No successful regulation could ignore this central feature. Any EU legislation and/or recommendation on groups of companies should seek to maintain and enhance the flexibility of the management of groups in its international business activities.

During the late 1970' and beginning of 1980', the EU Commission elaborated a proposal for a 9th Directive on groups of companies, largely inspired by the German Konzernrecht model, which was abandoned due to lack of support. In the late 1990's, the "Forum Europaeum on Group Law", composed of a group of leading company law academics, elaborated a proposition for a European regulation of groups based on some standards and rules – entitled "The Corporate Group Law Principles and Proposals" (1998). Finally, it should be noted also that the "High Level Group of Company Law Experts", established by the Commission in the beginning of 2000, decided against the introduction of a comprehensive law on groups of companies, recommending instead that the EU should consider provisions within the existing range of corporate law to address particular problems, such as the management of a group (rule allowing group policy, squeeze-out), transparency of groups, protection of creditors (wrongful trading) and minority shareholders' protection (sell-out rights).

These proposals were not subsequently implemented. However, in a sense, the SPE relates indirectly to the issue of groups of companies since it was designed to make the management of EU cross-border groups easier.



Many Member States generally have a piecemeal approach to the regulation of groups although they recognise the notion. For instance, the Nordic Member States and countries do not have a law on groups but introduced provisions on "groups" in their company legislation back in the 1970s to accommodate consolidated accounts, which was an issue in Nordic law long before it became an item for the 7th Company Law Directive. Only Germany (1965), and a few other countries who adopted more or less the German model (Portugal, 1986; Hungary, 1988; Czech Republic, 1991; Slovenia, 1993), have developed a global and autonomous body of law. However, such a regulatory model is criticized not only in Central and Eastern Europe countries which followed the German example, but also in Germany itself. Separately, some countries have developed specific rules and chapters in Companies acts on groups, but not by following the German approach (Italy, 2003). Finally, some Member States have introduced similar proposals (Spain, 2002) or are currently having discussions on whether to introduce such rules (Poland).

Because these issues relate to all companies, and most groups are not listed, an EU legislation and/or recommendation on groups should not be limited to public listed companies but also include private ones. However, two different alternative approaches have been also suggested in the Reflection Group. Some members of the Reflection Group are of the opinion that the recognition of the interest of the group should be limited to wholly-owned subsidiaries. Other members considered that the regime should not apply to listed subsidiaries.

Furthermore, some members of the Reflection Group are not in favour of any action at EU level on groups. Other members would not oppose the recognition of a doctrine involving the interest of the group and adoption of 'an interest of the group' doctrine, be it for listed or non listed companies, with appropriate safeguards, but only as a choice made by individual companies (opt-in).

The Reflection Group as a whole considers that it would be helpful to explore whether there would be a benefit in a recognition, at EU level, of the interest of the group and, if so, what form this should take. The Group is aware that EMCA is working on a model law for groups."

Zie ook Les 1 (in het bijzonder praktische betekenis van rechtspersoonlijkheid) en Les 10 (aandeelhoudersaansprakelijkheid).

- (187) **Poging tot definitie** -- Een geïntegreerde groep: verschillende rechtsvormen die gezamenlijke een onderneming in stand houden. NB: niet elke groep is even geïntegreerd.

"Groepsrecht" is geen aparte (deel)rechtstak, maar een invalshoek om de toepassing van regels (van vennootschapsrecht, aansprakelijkheidsrecht, ...) te bestuderen. Het "groepsfeit" is een gegeven dat de toepassing van veel rechtsregels kleurt.

Economisch (en boekhoudkundig) is er een eenheid, juridisch is er een veelheid (met o.m. afgescheiden vermogens en beperkte aansprakelijkheid) → eenheidsbehandeling van de groep brengt risico's mee voor minderheidsaandeelhouders en schuldeisers van verschillende onderdelen van de groep.

- (188) **"Vereenzelviging"**. Juridische vraag: in welke mate worden de groepsvennootschappen "vereenzelvigd", d.w.z. ook juridisch als een eenheid behandeld?

Enkele voorbeelden:

- "Doorbraak" van aansprakelijkheid (zie Les 1, 2 en 8/9)

- Contractueel of wettelijk gebod/verbod voor één vennootschap wordt uitgebreid naar ander vennootschap (zie o.m. Les 2)
- Formele en/of materiële consolidatie bij insolventie van de groep.



(189) **Insolventie van internationale groep (pro memorie).** Zie in internationale context de Insolventieverordening en de (grenzen) aan de toepassing van het "COMI"- criterium in een groepscontext in het Eurofood-arrest (HvJ (Grote kamer) 2 mei 2006, zaak C-341/04 (zie ook Les 5):

- Wanneer een schuldenaar een dochtermaatschappij is waarvan de statutaire zetel is gevestigd in een andere lidstaat dan die van haar moedermaatschappij, kan het vermoeden van artikel 3, lid 1, tweede zin, van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, volgens hetwelk het centrum van de voornaamste belangen van deze dochtermaatschappij gelegen is in de lidstaat waar haar statutaire zetel gevestigd is, pas worden weerlegd indien aan de hand van objectieve, voor derden verifieerbare factoren kan worden aangetoond dat de werkelijke situatie verschilt van die welke de aanknopng bij de statutaire zetel wordt geacht te weerspiegelen. Dit zou met name het geval kunnen zijn met een vennootschap die geen enkele activiteit uitoefent op het grondgebied van de lidstaat waar haar maatschappelijke zetel is gevestigd. Wanneer een vennootschap daarentegen haar activiteiten uitoefent op het grondgebied van de lidstaat waar haar maatschappelijke zetel is gevestigd, volstaat het feit dat haar economische keuzen worden of kunnen worden bepaald door een moedermaatschappij in een andere lidstaat niet om het vermoeden van de verordening buiten beschouwing te laten.
- Artikel 16, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 1346/2000 moet aldus worden uitgelegd dat de door een rechter van een lidstaat geopende hoofdinsolventieprocedure moet worden erkend door de rechters van de andere lidstaten, zonder dat zij de bevoegdheid van de rechter van de lidstaat waar de procedure is geopend kunnen toetsen.

(190) **"Groepsbelang".** Issues rond vennootschapsgroepen worden vaak verwoord door het vennootschapsbelang met het groepsbelang te contrasteren: is het gerechtvaardigd dat een groepsvennootschap een beslissing neemt die niet in het directe belang is van die vennootschap, maar wel in het belang van andere groepsvennootschappen?

Franse/Belgische rechtspraak: Rozenblum – doctrine: voorwaarden voor "rechtvaardiging" van steun van een vennootschap aan een andere vennootschap binnen de groep:

- Aanwezigheid van een groep, waarin een gezamenlijke strategie ten dienste staat van een gemeenschappelijk belang; en
- Tegenprestatie of de afwezigheid van een gebroken evenwicht tussen de respectievelijke prestaties; en
- Het niet te boven gaan van de financiële mogelijkheden van de vennootschap.

(191) **Groep in het W.Venn.** Het W.Venn. werkt niet echt het begrip "groep" (zie wel art. 16: "kleine groepen"), maar wel met de begrippen "controle" en "centrale leiding" en daarop gebaseerd: "moedervernootschap", "dochtervernootschap" en "verbonden vennootschappen". Lees art. 5 tot 14 W.Venn.

Enkele rechtsgevolgen die het W.Venn. hieraan verbindt:

- Plicht om geconsolideerde jaarrekening op te stellen.
- "Vereenzelviging": bepaalde geboden en verboden die gelden voor een moedervernootschap gelden ook voor de dochtervernootschap.
- Art. 524 W.Venn.: bescherming van minderheidsaandeelhouders op het genoteerde niveau binnen een groep.

(192)    **Motieven voor groepsvorming:**

- Historisch "accident"
- Organisatorisch
- Beschermingsmotieven (bv. "piramidestructuur")
- Segmenteren van risico's
- Fiscaal
- ...

## 2. Casussen over vennootschapsgroepen

- ✓ HoldCo NV is eigenaar van 100% van de aandelen in de operationele vennootschappen Widget Retail NV en Widget Wholesale NV. De vennootschappen treden commercieel op onder de naam "Widget Groep".

Op het niveau van HoldCo NV zitten enkel ondersteunende diensten voor de groep, zoals de personeelsdienst, IT, de juridische dienst, beheer van de IP portefeuille...

HoldCo NV wordt gecontroleerd door Dhr. Blok die 60% van de aandelen heeft. Dhr. Blok is ook enige vennoot en zaakvoerder van Blok BVBA. Dhr. Blok BVBA is bestuurder in elke vennootschap van de Widget Groep.

Bespreek volgende situaties.

- De Widget Groep wenst te investeren in China. Voor het oprichten en het functioneren van Widget China Ltd, gaat HoldCo NV belangrijke kredieten aan. De bank vraagt zekerheden. Tijdens de onderhandelingen hieromtrent biedt HoldCo een pand op de aandelen in Widget Retail NV en Widget Wholesale NV aan. De bank wenst echter ook een pand op de handelszaak van deze vennootschappen. Biedt dit meer bescherming dan een pand op de aandelen? Kan dit?
- Dhr. Blok zoekt voor zijn gezin een woning die past bij zijn status van CEO van een internationale groep in expansie en heeft zijn oog laten vallen op een charmant 17de eeuws kasteeltje. Hij heeft echter altijd al zijn middelen geïnvesteerd in zijn onderneming, zodat hij een lening dient aan te gaan voor de aankoop en gepaste stoffering met authentieke meubels. Hij biedt, naast de hypotheek op het kasteeltje, de volgende zekerheden aan: een pand op zijn aandelen in HoldCo NV, een borgstelling door HoldCo NV en een hypotheek op de huidige gezinswoning (een riant appartement dat eigendom is van Blok BVBA). Quid?
- Widget Retail NV heeft zich er vorig jaar in een niet-concurrentie beding in een overeenkomst met een derde partij toe verbonden om drie jaar lang geen activiteiten te ontplooiën in China. Die partij is uiteraard in alle staten door de ontplooiing van de activiteiten van de Widget Groep in China en wil Widget Retail NV, Widget China Ltd en Dhr. Blok aansprakelijk stellen. Quid?
- Een minderheidsaandeelhouder met een stake van 5% in HoldCo NV vermoedt dat er onregelmatigheden gebeuren bij Widget Retail NV. Hij wil hiervoor een vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek vorderen en desgevallend Dhr. Blok aansprakelijk stellen. Quid?
- Mevr. Suzanne is kaderlid bij HoldCo NV en is er de verantwoordelijke voor human resources van de Widget Group. Ze heeft geen bestuursfunctie in HoldCo NV of een andere vennootschap.

Alle werknemers kregen enkele jaren geleden een e-mail van Mevr. Suzanne (suzanne@widgetgroup.com) met het nieuwe personeelsbeleid. Daarin werd onder meer gemeld dat elke werknemer met 20 jaar dienst een gouden uurwerk zal krijgen.

Dhr. Karel is bediende bij Widget Retail NV. Kort nadat hij 20 jaar bij Widget Retail NV in dienst is, krijgt hij in plaats van een gouden polshorloge een ontslagbrief. Ontevreden met de voorgestelde ontslagvergoeding begint hij een procedure tegen Widget Retail NV voor de arbeidsrechtbank. Daarbij vordert hij ook een gouden polshorloge (met de e-mail van Suzanne als stavingsstuk). Quid?

- De CFO van de Widget Group stelt vast dat het thesauriebeheer van de groep niet efficiënt wordt georganiseerd: zo komt het vaak voor dat één vennootschap op het einde van de dag cash te veel heeft (wat nauwelijks wat opbrengt op de rekening) terwijl een andere vennootschap dure kaskredieten dient op te nemen wegens een piekuitgave. De CFO wil dit thesauriebeheer optimaliseren: alle liquide middelen worden dagelijks automatisch gecentraliseerd op één rekening waarna elke groepvennootschap dan naar behoeften cash kan opnemen. Zij vraagt u of u bezwaren ziet met zulke "cash pool".
- De marketing mensen – kaderleden bij Holdco NV – zetten een grootscheepse reclame-campagne op met als slogan : "De Widget Groep: kwaliteitswidgets voor een appel en een ei." Een sluwe consument biedt zich aan bij Widget Retail NV en vraagt om tien dure widgets te kopen; als betaling biedt hij aan ... tien appels en tien eieren." Als hij vriendelijk wandelen wordt gestuurd, laat hij Widget Retail NV dagvaarden. De advocaat van de vennootschap roept uiteraard in dat de consument er niet redelijk mocht op vertrouwen dat het ging om een aanbod dat letterlijk kon worden genomen. Ziet u nog een ander verweer? Wat zijn de kansen ervan?
- Widget Retail NV vertrouwt een beperkt deel van de productie van widgets toe aan een Belgisch toeleverancier. Er wordt hiervoor een contract (beheerst door Belgisch recht) afgesloten tussen Widget Retail NV en de toeleverancier. Dhr. Peters, de bedrijfsjurist van de Widget Group, is bijzonder bezorgd omtrent de kwaliteit van de widgets waarvan de productie wordt uitbesteed: indien zou blijken dat bepaalde widgets gebreken zouden hebben zou dit dramatisch zijn voor de reputatie en de verkoops cijfers. Hij onderhandelt dan ook een spijkerhard contract waarbij de toeleverancier zelfs bij de lichtste fout aansprakelijk is voor alle schade (inclusief reputatieschade en gederfde winst) veroorzaakt door die fout. Omwille van de discretie vindt Dhr. Peters het ook erg belangrijk dat er een arbitragebeding is opgenomen in de overeenkomst. Heeft u nog opmerkingen als Dhr. Peters trots deze ontwerp-overeenkomst komt tonen?
- De Amerikaanse vennootschap Acme Inc is geïnteresseerd in een overname van Widget Wholesale NV. Welke contractuele documentatie is hier voor nodig?
- ✓ De private equity speler Invest Group wil investeren in uw vennootschap. U vindt het daarbij ook belangrijk dat de Invest Group bepaalde verplichtingen opneemt (o.m. niet investeren in uw directe concurrenten, etc). De investering gebeurt door een SPV, InvestBelgium III Ltd. Als volleerd vennootschapsjurist bent u zich uiteraard bewust van de gevolgen van de eigen rechtspersoonlijkheid van InvestBelgium III Ltd en u bedingt dat dit vehikel zich sterk maakt voor elke andere vennootschap waarmee het verbonden is in de zin van art. 11 W.Venn. Bent u gerust?

\*

\* \*



## Casussen

### 1.

J&W BVBA is eigenaar van alle aandelen in Scam NV. J&W BVBA heeft twee vennoten : Jos (met 80% van de aandelen) en Willy (met 20% van de aandelen). De verstandhouding tussen Jos en Willy is zoek. Jos is de enige zaakvoerder van J&W. Hij is ook bestuurder in Scam NV.

Jos verkoopt namens J&W BVBA aan een mooie prijs de aandelen in Scam NV aan Mia, waarna hij zoals afgesproken ontslag neemt als bestuurder in Scam NV.

Achteraf is Jos bezorgd om zijn persoonlijke aansprakelijkheid als zaakvoerder en bestuurder: hij heeft Willy niet betrokken in deze verkoop; hij heeft Mia de financiële toestand van Scam NV veel te rooskleurig voorgesteld; en de niet-concurrentieverplichting in de overeenkomst tot overdracht van aandelen wordt door J&W BVBA geschonden. Geef Jos advies over de risico's.

### 2.

TOP BVBA is eigenaar van alle aandelen in Filia NV. TOP BVBA heeft twee vennoten : Karel (met 80% van de aandelen) en Mark (met 20% van de aandelen). De verstandhouding tussen Karel en Mark is zoek. Karel en Mark zijn beide zaakvoerders van TOP. Karel is ook een bestuurder in Filia NV.

Karel verkoopt namens TOP BVBA de aandelen in Filia NV aan zijn buurvrouw Caroline, waarna hij (zoals afgesproken in de overeenkomst met Caroline) ontslag neemt als bestuurder in Filia NV.

Achteraf is Karel bezorgd om zijn persoonlijke aansprakelijkheid als zaakvoerder en bestuurder: hij heeft deze verkoop doorgezet zonder instemming van Mark; de prijs betaald voor de aandelen is lager dan de waarde van de activa van Filia NV; een belangrijk geschil tussen Filia NV en een paar klanten werd voor Caroline verzwegen; en Karel oefent persoonlijk sinds kort een activiteit uit die concurreert met de activiteiten van Filia NV.

1./ Geef Karel advies over de risico's voor hem.

2./ Veronderstel dat Karel bestuursfouten heeft gemaakt als bestuurder van Filia NV. Veronderstel ook dat in de overeenkomst tot overdracht van aandelen (tussen TOP BVBA en Caroline) een beding staat dat Caroline aan Karel (geen partij bij deze overeenkomst) tussentijds kwijting moet verlenen, onmiddellijk nadat ze aandeelhouder wordt. Welk comfort kan Karel putten uit deze laatste clause i.v.m. zijn mogelijke aansprakelijkheid t.a.v. Filia NV?

### 3.

Bij de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (Wet Continuïteit Ondernemingen) wordt vaak door de gerechtsmandataris een biedproces georganiseerd om aan zo interessant mogelijke voorwaarden te verkopen. Bij de recente wijziging van deze wet in 2013 werd een nieuwe bepaling art. 62 al. 4 WCO toegevoegd (tekst in vet):

“De aangewezen gerechtsmandataris organiseert en verricht de door de rechtbank bevolen overdracht door de verkoop of de overdracht van de voor het behoud van het geheel of een gedeelte van de economische activiteit van de onderneming noodzakelijke of nuttige roerende of onroerende activa.

Hij zoekt en wint offertes in en waakt bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers.  
[...]

**Ingeval een offerte uitgaat van personen die toezicht op de onderneming uitoefenen of hebben uitgeoefend, en die tegelijkertijd via andere rechtspersonen de controle hebben over rechten die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van haar activiteiten, kan die offerte slechts in aanmerking worden genomen op voorwaarde dat die rechten onder dezelfde voorwaarden toegankelijk zijn voor de andere bidders.  
[...]**”

Kan u kort (i) deze wetswijziging motiveren en (ii) suggesties voor verbetering voorstellen. (NB: Deze wijziging werd niet besproken in de les, maar u zou met wat gezien werd deze vraag moeten kunnen beantwoorden.)



#### 4.

HoldCo NV is eigenaar van 100% van de aandelen in de operationele vennootschappen Duff Belgium NV en Duff Holland NV. De drie vennootschappen treden commercieel op onder de naam Duff Groep. HoldCo NV heeft een merkregistratie voor het woordmerk “Duff”. Dhr. Simpson is bestuurder in elk van de vennootschappen van de Duff Groep.

**Vraag 1.** Duff Belgium NV wil een beperkt deel van de productie toe vertrouwen aan een Belgisch toeleverancier. Er wordt hiervoor een contract (beheerst door Belgisch recht) onderhandeld tussen Duff Belgium NV en de toeleverancier. Dhr. Simpson is bijzonder bezorgd omtrent de kwaliteit van de uitbestede productie: gebreken zouden immers dramatisch zijn voor de reputatie en de verkoopcijfers van de groep. Hij onderhandelt dan ook een spijkerhard contract waarbij de toeleverancier zelfs bij de lichtste fout aansprakelijk is voor alle schade (inclusief reputatieschade en gederfde winst) veroorzaakt door die fout. Heeft u nog suggesties als Dhr. Simpson trots dit ontwerp van overeenkomst komt tonen?

**Vraag 2.** Enkele maanden later wil HoldCo NV de aandelen in Duff Belgium NV verkopen aan een andere industriële speler. Som daarbij 6 belangrijke aandachtspunten op voor de partijen en licht die telkens kort toe. Hou rekening met de geschetste kenmerken van de onderneming.

**Vraag 3.** Dhr. Simpson is bezorgd dat een koper hem na de verkoop persoonlijk zou kunnen aanspreken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, indien die koper later zou ontdekken dat de vennootschap waarvan hij de aandelen heeft gekocht minder waard zouden zijn dan gedacht. Adviseer Dhr. Simpson beknopt over dit risico en over manieren om dit te voorkomen of te verminderen.

\* \* \*

## 5.

Lies Listig heeft de Master in het vennootschaprecht behaald en wil haar diploma verzilveren in een lucratieve positie als medewerkster bij de Brusselse vestiging van het internationale advocatenkantoor Dowe Cheatem & How LLP. Partijen hebben een contract onderhandeld met onder meer de volgende bepalingen:

“Deze overeenkomst omvat de voorwaarden voor de samenwerking tussen Mevr. Lies Listig (de “Dienstverlener”) en Dowe Cheatem & How LLP (het “Advocatenkantoor”).

1. De Dienstverlener verklaart aan aan alle voorwaarden te voldoen om het beroep van advocaat uit te oefenen aan de balie van Brussel.
2. De Dienstverlener verbindt er zich toe voor de duur van deze overeenkomst geen met het Advocatenkantoor concurrerende activiteit te ontwikkelen.
3. De Dienstverlener verbindt er zich toe voor de duur van deze overeenkomst geen handelingen te ondernemen die de goede naam van het Advocatenkantoor in gedrang kunnen brengen.
4. De Dienstverlener zal geen taak als bestuurder, zaakvoerder, trustee, testamentuitvoerder of enige andere beheerstaak op zich nemen gedurende de duur van deze overeenkomst, zonder uitdrukkelijke toestemming van het Directiecomité van het Advocatenkantoor.
5. Elke partij kan deze overeenkomst beëindigen door opzegging met een opzegtermijn van 90 dagen. Deze overeenkomst zal onmiddellijk beëindigd worden indien de Dienstverlener niet langer als advocaat is toegelaten om het beroep van advocaat aan de balie van Brussel uit te oefenen of bij het overlijden van de Dienstverlener.

[...]”

**Vraag 1.** Lies Listig meldt vóór de ondertekening dat ze deze overeenkomst zal ondertekenen als **zaakvoester van LLLaw BVBA**.

- 1.a** Dowe Cheatem & How vraagt u om advies: biedt dit hen dezelfde waarborgen? Kan het kantoor Lies Listig nog aansprakelijk stellen indien Lies verkeerd advies zou geven (hoe onwaarschijnlijk dat ook is met haar diploma)?
- 1.b** Lies bezorgt een gewijzigde versie van de overeenkomst identiek aan die hierboven werd weergegeven, met enkel “Mevr. Lies Listig” vervangen door “LL BVBA”. Dowe Cheatem & How vraagt u of dit voldoende is. Of adviseert u verder nog clausules te wijzigen of toe te voegen omdat nu een vennootschap de dienstverlener is.

**Vraag 2.** Andere hypothese: Lies Listig meldt vóór de ondertekening dat ze een BVBA als dienstverlener wil laten tekenen, maar deze BVBA is nog niet opgericht. Dowe Cheatem & How wil dat het contract zo snel mogelijk wordt getekend.

- 2.a** Kent u hier een oplossing voor? Indien u een oplossing ziet, herschrijf de inleidende paragraaf van de overeenkomst om die oplossing weer te geven. (Het is niet nodig hier verder uitleg bij te geven).
- 2.b.** Biedt deze oplossing Dowe Cheatem & How genoeg garanties? Heeft u eventueel tips om deze garanties te versterken?

**Vraag 3.** Andere hypothese: Lies Liestig meldt vóór de ondertekening dat ze deze overeenkomst zal ondertekenen als “director” van LLLaw Ltd, een vennootschap naar het recht van Malta.

- 3.a** Kan dit (en waarom wel of niet)?
- 3.b** Kan u kort aangeven wat dat mogelijks verandert voor uw antwoord op vraag 1.a.
- 3.c** Als Dewey Cheatem & How aan Lies Listig meldt dat ze toch niet comfortabel zijn met een buitenlandse vennootschap, merkt Lies Listig fijntjes op dat Dewey Cheatem & How zelf een vennootschap is naar het recht van Delaware, wat zelfs geen Europees land is (anders dan Malta). Is Dewey Cheatem & How hier zelf in de fout?

\* \* \*

## 6.

De briljante (maar wat verstrooide) wetenschapper S. Alpeter heeft een nieuwe revolutionaire formule voor buskruit uitgevonden.

In afwachting van de oprichting van vennootschap, sluit hij in naam van een “BVBA in oprichting” een overeenkomst tot levering van buskruit af met een BOEM BV, een Nederlandse producent van vuurwerk. In de overeenkomst bedingt BOEM onder meer dat de leverancier een verzekering moet nemen voor schade ten gevolge van gebreken in het buskruit.

Kort nadien wordt A&B NV opgericht door Dhr. Alpeter en Mevr. Bertha, een financier. Daarbij wordt o.a. het patent op de nieuwe formule voor buskruit ingebracht. Bij de oprichting waren Alpeter en Bertha enige aandeelhouders en bestuurders. Kort na de oprichting hebben Alpeter en Bertha hun volledige aandelenpakket in A&B NV ingebracht in de maatschap “AB” met Alpeter en Bertha als maten.

Kort na de oprichting van A&B NV besluit de raad van bestuur om de overeenkomst met BOEM BV over te nemen.

De verhoudingen met BOEM BV lopen goed; tot plots eind mei 2012 de opslagplaats van BOEM BV met een luide knal ontploft. De schade is immens en al snel blijkt dat het buskruit misschien iets te revolutionair was en aan de oorzaak ligt van de ontijdige ontploffing.

Alpeter en Bertha worden ongerust als de advocaat van BOEM BV een schadeclaim stuurt naar A&B NV voor een bedrag dat de vennootschap meteen insolvent zou maken. Ze trekken helemaal bleek weg als blijkt dat Alpeter vergeten is om een verzekering te nemen.

Bespreek de mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van Alpeter en Bertha. Bouw bij voorkeur je antwoord schematisch op rond (i) de verschillende hoedanigheden waarin Alpeter en Bertha aansprakelijkheid kunnen oplopen en (ii) de verschillende mogelijke vorderingsgerechtigden.

\* \* \*

## 7.

Ondernemer Peters heeft een investeerder nodig voor de internationale uitbouw van zijn vennootschap PetersCo NV. Als CEO van PetersCo NV is hij bestuurder en dagelijks bestuurder.

De internationale financiële groep Opox is bereid te investeren, in ruil voor een meerderheidsparticipatie in PetersCo NV. Belangrijk voor Dhr. Peters is o.m. (i) dat hij CEO kan blijven, (ii) dat de Opox groep niet investeert in zijn gehate concurrent JansenCo en (iii) dat hij gebruik kan blijven maken van het vakantiehuisje in Deauville dat hij tien jaar geleden door PetersCo NV heeft laten aankopen.

Na harde onderhandelingen met Dhr. Shark van Opox wordt een overeenkomst afgesloten tussen Dhr. Peters en OpoxInvest NV, een 100% dochter van Opox Europe BV (een Nederlandse vennootschap). In deze overeenkomst neemt OpoxInvest NV onder meer de volgende engagementen op: (i) Dhr. Peters zal minstens tot aan zijn pensioen dagelijks bestuurder blijven, (ii) OpoxInvest NV zal niet investeren in JansenCo, (iii) Dhr. Peters mag elke zomer met zijn gezin het vakantiehuisje in Deauville gratis blijven gebruiken. De statuten van PetersCo NV worden bovendien gewijzigd: er wordt expliciet bepaald dat Dhr. Peters gedurende vijf jaar niet ontslagen kan worden als bestuurder tenzij met een opzegvergoeding van 2 jaar.

- (a) Nauwelijks zes maanden later is de relatie compleet verzuurd en Dhr. Peters wordt door de algemene vergadering ontslagen als bestuurder met onmiddellijk ingang en zonder opzegvergoeding. De raad van bestuur ontslaat hem kort daarna ook als dagelijks bestuurder en vraagt de sleutels van het huisje in Deauville af te geven. Tot overmaat van ramp investeert een andere dochtervennootschap van Opox Europe BV, Opox France SA (waar nota bene Dhr. Shark bestuurder is), in JansenCo. Dhr. Peters is razend en wil iedereen dagvaarden: PetersCo NV, de bestuurders van PetersCo NV, Dhr. Shark, OpoxInvest NV, Opox Europe BV en Opox France SA. Bespreek telkens zijn slaagkansen.
- (b) Stel dat Dhr. Peters vooraf met het voorstel van overeenkomst was langsgesproken, kan u dan twee concrete adviezen geven die zijn positie hadden kunnen versterken?

---